Der Rechtsbegriff Eigentum

Geschichte und Aufgabe

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde

Der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a. M.
vorgelegt von

Hans Karl Leistritz
aus Tannhausen i. Schles.

1935

Referent: Professor Dr. Forsthoff
Korreferent: Dozent Dr. Wieacker

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Februar 1935.

Vorrede

Wer es unternimmt, die Frage des Rechts vom Grunde her zu stellen, und wer weiß, daß sein Ansatz der Rechtsfrage ihn gänzlich in Widerspruch zum System der herrschenden Rechtslehre setzt, der beginnt eine Lebensarbeit. Die Anlage der Untersuchung ist hieraus bestimmt. Wer das Maß herkömmlicher, lehrbuchmäßiger „Sach"beschränkung anlegt, wird sich von vornherein enttäuscht finden. Er vergißt, daß jede thematisch noch so bestimmt gerichtete Aufgabe aus unserer Lage nur über einen Weg zu lösen ist, der den Angriff auf das Juristendenken im ganzen voranzutragen vermag; denn jede einzelne aufgabebestimmte Aussage leitet sich aus diesem Kerne her.

Ich schließe mich dem Brauch an, wissenschaftliche Arbeitsleistungen mit dem Namen von Menschen zu verknüpfen, mit denen sie irgendwie unlösbaren Zusammenhang besitzen. Ich wähle den Mann, der mir in Zeiten unmittelbarsten Einsatzes ein Vorbild beständigster Treue, Geradheit und Selbstlosigkeit war. Ich widme die Arbeit Kurt Ellersiek, dem Kameraden.

Berlin, am 15. September 1934.

Ueberblick

Erster Teil:

Voraussetzungen

§ 1.

Eine Geschichte des Eigentumsbegriffes zeigt dessen Wandlungen. Feststellen von Wandlung ist Betrachtungsweise und setzt einen Gegenstand der Betrachtung voraus. Betrachtungsgegenstand ist Ungeschichtliches, Bleibendes, Zeitloses. Wandlung ist Geschichtliches, Zeitiges. Im Bereich der Wandlungsfähigkeit des Betrachtungsgegenstandes vollzieht sich in unserem Bewußtsein Geschichte.[1])

Nehmen wir Eigentum als Betrachtungsgegenstand, so setzt sich eine Geschichte des Eigentums als Voraussetzung einen bleibenden Begriff des Eigentums, dessen Wandlungen sich verfolgen lassen [2]). Nehmen wir Eigentum als Rechtsbegriff zum Betrachtungsgegenstand, so haben wir damit das Eigentum im ganzen an den Begriff vom Rechte geknüpft. Das stellt uns vor die Notwendigkeit, im Bleibenden des Rechtsbegriffes das Bleibende des Eigentums, in der Geschichtlichkeit des Rechtes den Wandel des Rechtsbegriffes Eigentum zu begreifen.

§ 2.

Das Bleibende des Begriffes Recht ist in der Gerichtetheit auf eine Entscheidung, und zwar nicht auf eine beliebige: die Erscheinungslage Ordnung / Unordnung, die eigentliche Rechtslage, fordert von der Ordnung her Entscheidung. Sie will die Auflösung der Rechtslage durch Ueberwindung von der Ordnung her.

Von diesem Bleibenden, Ungeschichtlichen unserer Setzung ist die unermeßliche Vielfalt der Wirklichkeit des Rechtsentscheides zu unterscheiden, die die Geschichtlichkeit des Rechts ausmacht. In ihr findet der Wandel seinen Raum. Er umgreift die Wirklichkeiten, in denen die Auflösung der Rechtslage geschieht.

Der Wille zur Ueberwindung der Rechtslage ist der Wille zum Recht. Er stellt die Rechtsfrage. Ihr Ansatz ist bleibend von der Ordnung her gegen die durch sie begriffene Unordnung bestimmt.

§ 3.

In dem Begriff Recht zeichnet der Begriff Eigentum die Umrisse der einzelmenschlichen Lage. So umgreift der Rechtsbegriff Eigentum den Einzelnen als Ordnungsgestalt. Wandel des Rechtsbegriffes Eigentum bedeutet Gestaltwandel im Ordnungsbilde.[3])

Damit ist grundlegend der Gang der Untersuchung bestimmt. Die Rechtsfrage hat uns zur Erkenntnis des Wirklichkeitsgehaltes der Rechtslage im ganzen zu führen, das bedeutet aber: in ihr bestimmend zur Aufdeckung des Wirklichkeitsgehaltes der Ordnung. In dessen Wechsel erkennen wir die Wandlungen des Eigentumsbegriffes.

§ 4.

Es ist darüber Rechenschaft zu geben, welche Aufgabe in der Untersuchung des so umrissenen Gegenstandes erblickt wird.

Eine Frage ist nicht früher zu stellen, als Fragwürdigkeit besteht. Sie ist gegeben, wenn die Frage als notwendige, das ist: um Not zu wenden, gestellt wird.[4])

Indem die Rechtsfrage nach dem Eigentum gestellt wird, erweist sie für ihren Erscheinungsbereich die Fragwürdigkeit in mehrfacher Weise. In unserer Lage als Gegenwärtige ist in zweifacher Beziehung Fragwürdigkeit enthalten. Einmal in betreff der rechtsbegrifflichen Seite, im ganzen: der Lage der Rechtsfindung. Zum anderen in betreff der Standhaftigkeit des gegenwärtigen „Eigentümers", wie er rechtlich gefaßt ist, gegenüber der Neuordnung im ganzen.

Die Dringlichkeit dieser Fragestellung umreißt den Sinn dieser Arbeit als Aufgabe.

§ 5.

Weshalb wird ihre Bewältigung geschichtlich in Angriff genommen?

Die Frage nach dem Rechtsbegriff Eigentum geschichtlich stellen heißt, ihren Erscheinungsbereich der Geschichte aussetzen. In Teilhaftigkeit an dem schicksalhaften, unausweichbaren Geschlechterzusammenhang Volk setzen wir uns als Gegenwärtige den Vorfahren aus. Aus solchem Sich-Aussetzen von Nachkomme zu Vorfahr schöpft geschichtswissenschaftliche Erkenntnis ihren Wert. Ihre Einsatzkraft ruht in der Vertiefung unserer Wirklichkeit in der Einheit Volk[5]). So tritt Geschlecht zu Geschlecht wahrhaft in Beziehung. Geschehenes wahrt Wirksamkeit und ist dadurch Geschichte.

Doch der Vorfahr steht uns nicht mit bündigem Entscheid gegenüber, der unseren Einzelheiten entspräche und deren Bestimmtheiten ohne weiteres

in Uebernahme durch uns zu lösen vermöchte - etwa so, daß der Ablauf, wie ihn altdeutscher Rechtsgang bietet, einfach in unseren Prozeß zu übertragen wäre, um ihn zum arischen Rechtsgang zu erheben. Wir können die Wirklichkeit durch keine historische Methode rekonstruieren. Jede „Geschichte" ist nicht nochmaliger Geschehensablauf, sondern ein neuer Ablauf in unserem Geiste, „gleichsam . . . in kristallenerem Stoffe und nach durchsichtigeren Gesetzen"[6]). Nehmen wir einen historischen Fund, eine Waffe, ein Gefäß, einen Schmuck. Sie sind doch *gegenwärtig* als Gestaltung, meßbar, wägbar, in unsere Systeme einzureihen. Was macht deshalb ihre Geschichtlichkeit aus? Was ist gegenüber ihrer handgreiflichen Wesenheit ihre Gewesenheit? Es ist ihre *Stammschaft* in einer lebendigen Welt. *Ihr* muß sich Geschichtserkenntnis gegenüber finden, dem Lebensboden, dem die Form entsprang. In ihm vermögen wir das Blut zu spüren, die Seele, die ein Volk durch die Geschichte wahrt und zu der eine Rasse in Zeiten der Not, die auch immer Zeiten geschichtlichen Suchens sind, zurückzufinden vermag. So wird Geschichte aus der Vielfalt der uns übermittelten Vorgänge, Taten, Schöpfungen zum vielfältigen Gleichnis unseres *eigenen* Lebens, Gleichnis, an dem wir uns unseres Blutes zu „erinnern" vermögen, wenn es durch Krusten glättender, abplattender Alltäglichkeit verdeckt wurde - Gleichnis, das uns zur Reinigung unserer Tage von allem Artfremden aufzurufen vermag. So ist geschichtsruhender Geist *lebens*ruhender Geist, dem Geschichte im ersten nicht Beispiel von Gestaltung, sondern Beispiel von *Haltung* ist.[7]) Und der Nachkomme soll vor dem Vorfahr nicht den Blick zu senken brauchen.

Zweiter Teil:

Die Wandlungen des Rechtsbegriffes Eigentum

1. Abschnitt.

Der Denkzusammenhang im altdeutschen Rechte.

§ 6.

Das altdeutsche Recht ist seitens der herrschenden rechtsgeschichtlichen Betrachtung mit einer Fülle von Meinungen umgeben worden, deren Gemeinsamkeit in der Unklarheit ihrer Vorstellungen über Art, Bedeutung, Wesen der Rechtsbegriffe besteht. Beliebt ist die Vorstellung von der Naivität jener Zeiten.[8]) Im Zusammenhang damit besteht die Neigung, das Begriffliche unserer Prägung einem Sinnlich-Unmittelbaren jener Vergangenheit entgegenzusetzen. In Wirklichkeit wird damit das Denken überhaupt geleugnet und das an menschlichen Antrieb gebundene Geschehen in den Bereich des Unbewußten, Instinkthaften, einen Bereich von Lebensfülle und Lebenseinheit, wie er so verführerisch, doch mit dem Gefühl der Ueberlegenheit, bezeichnet wird, verwiesen. Wir haben uns davon freizumachen, den germanischen Menschen der Zeit, in die von der Rechtsfrage her ein erster Schluß geschichtlich erlaubt ist, aus der Nähe kindlich-sinnlicher Empfindung[9]) erklären zu wollen. So sicher es ist, daß das Wesen des Begrifflichen im Bewußtsein zu suchen ist, nicht im reinen Erlebensbereich,[10]) so sicher ist gleicherweise, daß die Höhe der geistigen Besitznahme, geistigen Durchdringung, begrifflichen Fassung sich aufruhend[11]) auf echtem Lebensgrunde zu vollziehen vermag und wir „Fortschritt" nicht in der Lösung von sinnlicher Unmittelbarkeit zu erblicken haben,[12]) so sehr auch der Ansatz des Bewußtseins in vollebensmäßiger Störungslage vor sich geht.[13]) Gerade die Rechtslage, die wir erscheinungsmäßig faßten, bietet ursprünglichste Lagen bewußter Gestaltung[14]), und es wird uns möglich sein, aus den uns erreichbaren Rechtsbildern jener Zeit einen von unserem geschichtlichen Ansatz sehr früh einzuordnenden Kern bloßzulegen, der Sicherheit in der begrifflichen Prägung eines rechtlichen Denkzusammenhangs offenbar werden läßt. Ohne Rücksicht auf strenge zeitliche Abgrenzung gilt es zunächst, diesen Kern aufzudecken.

§ 7.

Eine nicht umgehbare Bedeutung muß bei unserer Gerichtetheit der Rechtsfrage auf die Ordnungsstörung der Rechtsbegriff besitzen, um dessen Feststellung es sich bei der Auflösung der Störungslage in Rechtslage immer handelt: der Rechtsbegriff Gewere. Die auffällige Bedeutung, die er im Rechtsgang besitzt, ist allgemein anerkannt.[15])

Wenn wir die Meinung unserer rechtsgeschichtlichen Forschung über die Gewere aufsuchen, und wenn wir vom Stande gegenwärtigen Urteils den Weg, der in der Forschung zu ihm geführt hat, überblicken, so ergibt sich eine auffallende Erscheinung. In einer Uebersicht gebenden Darstellung von Gierke[16]) tritt sie besonders deutlich zutage:

„Die Gewere ... zehrt nicht (wie Albrecht meinte) das materielle Sachenrecht ganz auf; vielmehr steht dieses selbständig dahinter und bricht den Schein, wenn er sich als trügerisch erweist. Sie ist aber auch nicht (wie Heusler annimmt) nur das dem Recht entsprechende tatsächliche Gewaltverhältnis (possessio), sondern (wie namentlich Huber zeigt) die als Rechtsverhältnis wirksame Erscheinungsform des Sachenrechts."

Wir bemerken: bei Albrecht ist das „materielle Sachenrecht" nicht vorhanden, bei Heusler findet es bereits eine ihm entsprechende Erscheinung, bei Huber ist es schließlich selbst, allerdings in Maske, auf den Plan getreten.[17]) Das Ende sieht so aus: die Gewere „bildet die notwendige Ergänzung des Systems der dinglichen Rechte. Jede Gewere ist der Ausdruck eines in ihr behaupteten dinglichen Rechtes und jedes dingliche Recht hat Anspruch auf Darstellung in einer Gewere. Es ist möglich, daß Gewere und dingliches Recht auseinanderfallen; dann gebührt dem inneren Verhältnis der Vorrang; das wahre Recht hat die Macht, die Form des Rechtes zu zerbrechen, wenn diese sich als leer erweist. Solange aber, bis sie gehörig gebrochen ist, hat die Gewere den Schein des Rechtes für sich und drängt die Frage nach dem materiellen Sachenrecht in den Hintergrund."[18])

Zweierlei ist es, was uns gegenüber diesem Tatbestand stutzig macht. Einmal ist unser Ansatz der Rechtsfrage durch und durch ordnungs- und nicht einzelbestimmt. Von ihm aus kann es nicht einleuchten, daß ein, wie die Quellen sämtlich erweisen, tragender Rechtsbegriff sich aus einem Einzelbezug, wie ihn das „materielle Sachenrecht" überwiegend, wenn nicht ausschließlich, enthält, überhaupt erschöpfend erklären läßt. Zum anderen ist geschichtlich um die Zeit der Rezeption für uns eine derartige Cäsur im Rechtsbilde sichtbar, daß es uns schlechthin unmöglich erscheint, aus einem Bezug auf den tragenden Rechtsbegriff der Nachrezeptionszeit, den des subjektiven Rechtes, eine befriedigende Erklärung für einen grundbedeutsamen Rechtsbegriff der Zeit vor der Rezeption zu gewinnen, um so mehr, als erwiesen ist, daß sich die Gewere weder mit dem subjektiven Recht noch mit dem römischen Besitzesbegriff gleichstellen läßt.[19])

§ 8.

Die zufriedene Ruhe, die sich über den Rechtsbegriff Gewere in der rechtsgeschichtlichen Forschung gebreitet hat, schloß sich an die späterem Denken alle Kanten der Lehre *Albrechts*,[20] wie sie durch *Heusler*[21] schon vermindert worden waren, scheinbar endgültig abschleifende Auffassung von *Huber*.[22] Er faßte die Gewere als die formale Legitimation der dinglichen Berechtigung.

Es muß unverständlich bleiben, daß ein derartiger Begriff, der angeblich im „Formalen" blieb und den Kern der eigentlichen Rechtslage in keiner Weise traf, gerade *Grund*begriff des Sachenrechts sein sollte. Ueber die Bedeutung von *Hubers* „Publizitätstheorie" kann uns nur die Art Aufschluß geben, in der sich die Wissenschaft zum sogenannten *Formalismus* des alten deutschen Rechtes überhaupt gestellt hat.

Wieder ist es *Gierke*[23], dessen Darstellung wir für die gewordene rechtsgeschichtliche Auffassung als verbindlichen Typ[24] herausstellen:

> „Der das germanische Recht gleich anderen jugendlichen Rechten beherrschende *Formalismus* bemächtigte sich auch der Rechtsgeschäfte. Die Kräfte, die das Formenwesen überhaupt hervortrieben, machten sich auch hier geltend; das Bedürfnis nach sinnlicher Veranschaulichung der geistigen Welt, das Verlangen nach äußerer Prägung fester Typen, der bildnerische Drang der Phantasie, der Glaube an die geheimnisvolle Kraft von Zeichen und Worten und das ästhetische Gefühl."

Hier ist allerlei schön beieinander, was sich zu Erklärungszwecken verwenden ließe. An diesem schillernden Vielerlei schrumpft nun aber die Publizitätstheorie *Hubers* arg zusammen. Wollten wir sie uns aneignen, so müßte uns unser ausschließlicher Bezug auf die Rechtsfrage zu der Meinung führen, daß es dem Germanen auch möglich war, sie als *Aesthet* zu stellen; denn nichts anderes würde es bedeuten, wenn er auf eine derart erwiesene, derart legitimierte dingliche Berechtigung den Rechtsgang gründen würde. An dieser Probe wird deutlich, daß bisherige rechtsgeschichtliche Forschung über die eigentlich *rechtliche* Bedeutung des sogenannten Formalen im Grunde keine feste Meinung besaß. Man half sich mit allgemeinen Vorstellungen, welche die Form in ihrer eigentlichen und unumgänglichen rechtlichen Geltung in den Bereich der Aesthetik oder auch der Magie verwiesen.

Gerade *Gierke* ist es aber, dessen Forschungen bereits den Ansatz zu einer tieferen Auffassung zu vermitteln vermögen. *Gierke* hat in seiner scharfen Herausarbeitung des Unterschiedes von Schuld und Haftung im alten Recht nachgewiesen, daß das „Formale" rein auf die Störungslage zu beziehen ist, nämlich auf die in bezug hierauf allein verständliche *Haftung*. Im Hinblick auf den Streit um die Formlosigkeit oder Formbestimmtheit des altgermanischen Schuldvertrages, der zunächst seit *Sohm* und *Stobbe* mit der Sonderung in Formal- und Realverträge endete, sagt *Gierke*:

„Mit der Aufdeckung der scharfen Unterscheidung von Schuld und Haftung hat sich die Streitfrage verschoben. Denn es hat sich herausgestellt, daß die Formen, die man für die ältesten Schuldvertragsformen erklärte, gar nicht auf Schuldbegründung, sondern auf Haftungsbegründung abzielten (dies hat zuerst Puntschart, Schuldvertrag S. 394 ff. klargestellt). Daneben waren beweisrechtliche Formen bei Schuldverträgen in Uebung. Formen dagegen, von denen die schuldbegründende Kraft des Versprechens abgehangen hatte, lassen sich nicht nachweisen."

Der Bezug auf die Störungslage ist hierin deutlich. Im Hinblick darauf gewinnt es für uns besonderen Wert, wenn seit Zallinger[25]) die Meinung gewann, daß in dieser Ebene der „formalen" Erscheinungen der alle Erscheinungen rechtlichen Lebens verbindende Grundgedanke gesucht wird. Hiernach wäre es zwingend gewesen, die gesamte Rechtsfrage aus dieser Ebene neu zu stellen. Statt dessen begnügte sich Zallinger damit, ein „Prinzip des typischen Formalismus" zum „allgemeinen Rechtsgedanken" zu erheben. Wie arm ist der Schluß! Dieses Formalprinzip bleibt ein fadenscheiniges Mäntelchen, dem es versagt bleiben muß, entsprechend gefaßtem Vorsatz[26]) die Einzelergebnisse der Privatrechtsgeschichte germanistischen Bereichs mit einem „geistigen Band" verbinden zu können.

§ 9.

Ebenso vergänglich wie der erste Teil der Definition von Huber, die formale Legitimation, ist bei näherem Zusehen der zweite Teil, die dingliche Berechtigung, wenn wir die Rechtsfrage vom Grunde her stellen.

In der Lösung der Gewere vom sogenannten materiellen Recht späterer Prägung liegt das unvergängliche Verdienst von Albrecht, und aus dieser Erkenntnis heraus konnte es überhaupt nur kommen, daß er in Strenge den Schwerpunkt seiner Untersuchungen auf den auffälligen Tatbestand, die Kernfrage, richtete, daß „der Kläger und der Beklagte sich überall auf die Gewere und nicht auf das materielle Recht selbst berufen und überall die Gerichte über die Gewere anstatt über das Recht ihr Urteil sprechen", wie Huber[27]) es ausdrückt. Gerade Huber hat sich aber von dem Wesentlichen der Ergebnisse Albrechts wieder entfernt. Dieses Wesentliche besteht nämlich darin, daß bei Albrecht die Trennung von Gewere und materiellem Recht bereits eine Lösung der Gewere aus dem Rechtsdenken späterer Zeit, das ja vollkommen in den Entgegensetzungen öffentliches / privates Recht, materielles / formelles Recht, im Privatrecht in der Sonderung eines Sachenrechts, dessen Gründung auf das subjektive Recht, gekennzeichnet ist. In der Vorrede zur „Gewere" wird sichtbar, wie selbständig Albrecht diesen Bildungen späterer Zeit gegenübersteht. Sein großer Nachfolger in diesem Thema, Andreas Heusler, sucht ebenso wie später Huber die Antwort in Unselbständigkeit gegenüber späterem Rechtsdenken.

Wenn Huber „die Wirkung" der Gewere nach dem Bilde der Rechtsquellen und Urkunden folgendermaßen zusammenfaßt und einteilt:[28])

1. „daß sie die Befugnis und Rechtsstellung angeben, welche dem Inhaber der Gewere als solchem zukommen",
2. „daß sie von einer Berechtigung sprechen, als deren Voraussetzung die Gewere direkt oder indirekt genannt wird",

so ist der Schritt ins Berechtigungsdenken vollzogen.[29]) Heusler empfindet noch stark einen tieferen Gegensatz, ohne ihn jedoch recht fassen zu können. Im Vorwort zur „Gewere" spricht er von einem „rätselhaften Zauber", einer „geheimnisvollen Macht", die Albrechts Buch ausübe, obwohl sich - bei ihm „niemals irgend jemand wohl und heimisch gefühlt hat". Hier stießen verschiedene Welten aufeinander. Albrecht empfand und gestaltete es, wenn auch nicht immer klar und bewußt. Heusler hingegen stand, und seine späteren Ergebnisse zeigen es immer klarer auf jedem Gebiet, eng in seiner Welt. Man höre Albrecht über die Gewere:[30]) „Gewere ist dasjenige, was einem Verhältnisse der Person zur Sache (ich sage absichtlich nicht einem Rechte an der Sache) dingliche Wirksamkeit . . . gibt." Die Sperrung dieses Satzes ist von Albrecht. Und weiter: „Das Eigenthümliche des deutschen Rechtes zeigt sich nun darin, daß jene formelle Eigenschaft der Dinglichkeit niemals absolute und eigentümliche Eigenschaft gewisser Rechte, daß sie vielmehr, unabhängig von dem materiellen Charakter der Verhältnisse einer Person zur Sache, nach eigenen Regeln im Gebiete des Sachenrechts verteilt ist." Das klärt den Unterschied zwischen Albrecht und den weiteren Bearbeitern des Themas Gewere, und es enthält gleichzeitig von Albrecht her die Beziehung zu unserem Rechtsansatz; denn das Verhältnis von der Person zur Sache ist nichts anderes als die Ordnungsbeziehung.

§ 10.

Der Weg zur Auflösung der Rechtslage ist der Rechtsgang. Wenn es sich in ihm bestimmend, verfahrensgestaltend um eine Feststellung handeln kann, dann grundlegend nur um die des Ordnungsstandes, in den ein Geschehen störend getreten ist. An der Störungslage, deren Vorhandenheit beim Menschen nicht Ergebnis eines Denkschlusses, sondern in vitalster Ganzheit als da gegeben ist, an dieser Störungslage erst bildet das Bewußtsein den Begriff seiner Ordnung. Der derart störungsveranlaßte Ordnungsbegriff, und das bedeutet: der gründende Rechtsbegriff, ist die Gewere. Sie ist durch einen lebensabhängigen Geist mit einem Bilde des Lebens gefaßt. Denn in Rechtslage ist Ordnungsstand ein Wehrstand.[31]) Nirgends reiner als in dieser Bildhaftigkeit des Denkens vermag die Lebenswirklichkeit von Rechtslage, Rechtsgang und Rechtsentscheid aufzuerstehen.[32])

Der Ordnungsstand umfaßt die Ordnung im ganzen der sie gründenden Wirklichkeiten. Seine Vorhandenheit bedarf der wirklichen Bindung an jeden menschlichen Träger der Ordnungseinheit. Diese Bindung ist als Teilnahme des Ordnungsträgers gegeben durch die Offenkundigkeit des Ordnungsstandes. In ihrer Gegebenheit, in ihrem Da-Sein, unmißverständlich, selbstverständlich, als Umriß des Täglichen, Gewohnten, herkömmlich, ist sie in allem, was als Ordnung ist, so ohne weiteres enthalten, daß sie in den Bereich besonderer, d. h. geistiger, Fassung nicht vorstößt. Erst die an der Schwelle der Geschichte sich vollziehende männerbündische Ausrichtung des Ordnungsbildes stellt sie zu sich in Bezug. Nun ist offenkundig, was gegenüber dem Ding in Offenheit ist. Mit diesem ersten Schritt der geistigen Fassung geht zwingend weitere geistige Sonderung mit. Sie erfaßt Offensichtlichkeit durch Zerlegung der vollebensmäßigen Offenheit in Arten, Beginn, Ende ihres Ablaufs, Ursprung und sonstige Unterscheidungen, wie sie nur geistige Sonderung zu schaffen vermag.[33]) Und an die Stelle lebensmäßig gegebener Offenheit tritt die Setzung der Offensichtlichkeit im Anschluß an eine solche Unterscheidung. Offensichtlichkeit ist nun als gesetzte gegeben.[34]) Setzung bedeutet Form. Die Form ist Bild der Ordnung und darin immer Symbol, wie jede lebensgegründete Form überhaupt.[35]) Daneben besteht weiter die Dingoffenheit des Ereignisses, des Ordnungsstandes als Personen- und Güterstand in Ueberkommenheit. So stellt sich die Vorhandenheit der Ordnung in der Offenkundigkeit dar und erfährt durch sie ihre Faßbarkeit.[36])

§ 11.

Nun werden wir die Fälle der Gewere begreifen können, bei denen Ordnungs- und Berechtigungsdenken am schärfsten aufeinander stießen und unversöhnt scheiden mußten. Es sind die Fälle, die bereits Albrecht zusammenstellt und für die er die besondere Bezeichnung „juristische Gewere" prägte. Unter dem Vorbehalt nicht gänzlicher Vollständigkeit gibt er folgende Zusammenstellung:

„A. Die Gewere wird in gewissen Fällen demjenigen zugeschrieben, der früher den Besitz hatte, hinterdrein aber verlor. Hierher gehört

1. ein Fall, der den beweglichen und unbeweglichen Sachen gemeinsam ist, wenn der Besitz wider Willen des Inhabers und ohne Veranlassung eines richterlichen Spruches verlorengeht;
2. ein Fall, der den Immobilien allein angehört, nämlich, wenn eine unbewegliche Sache zwar mit dem Willen des Besitzers, aber nicht infolge der gerichtlichen Auflassung oder Investitur, sondern durch simple Tradition an einen andern gelangt.

B. Die Gewere wird in gewissen Fällen demjenigen zugeschrieben, der weder früher im Besitz war, noch durch Apprehension denselben erworben hat.

Hierher gehören zwei Fälle, die sich auf alle Arten von Sachen beziehen, nämlich:

3. wenn jemand eine Sache erbt,
4. wenn sie ihm durch richterliches Urteil zuerkannt wird,
5. ein Fall, der den Immobilien eigentümlich ist, nämlich, wenn jemandem eine unbewegliche Sache auf dem Wege der gerichtlichen Auflassung, die bekanntlich keine Tradition ist, also den faktischen Besitz nicht geben kann, übertragen wird."

Ueber die Fälle, die in Gleichzeitigkeit den Besitz haben, ist vorauszuschicken, daß in ihnen der Ordnungsstand ohne weiteres tatsächlich offen ist.

Die Fälle unter B sind durch den § 10 erklärt. In Fall 3 ist es das unmißverständliche Ereignis, der Todesfall; in Fall 4 und 5 ist es die dingoffene Setzung, die dem Ordnungsstand als Faßbarkeit zugrunde liegt.[37]) Die Ordnungsvorhandenheit wird gefaßt einmal nach ihrem Ursprung: Todesfall, richterliches Urteil, gerichtliche Auflassung; zum anderen allgemein rein im Gegensatz zur Störung: das ist unter A der Fall 1; zum anderen, es ist der Fall 2, rein auf Grund eines weiter dauernden offenen Ordnungsstandes, dessen Offenheit durch keine solche der neuen Lage abgelöst wurde. So ist diese neue Lage eine un-ordentliche, störungsverwandte.

§ 12.

Nachdem eingangs der Begriff Eigentum als Umriß der Ordnungsgestalt des Einzelnen gefaßt wurde und sich weiter herausstellte, daß diese Fassung als rechtsbegriffliche in strengem Bezug auf Störung zu erfolgen habe,[38]) ergibt sich, daß die Gewere die Ordnungsgestalt des Einzelnen in der Rechtslage umfaßt, das Ordnungseigen rechtlich darstellt, und das bedeutet: die Gewere ist der Rechtsbegriff Eigentum.

Hiermit kann ein langer Irrweg der rechtsgeschichtlichen Forschung abgeschlossen werden. Für das römische Recht hat V. Puntschart 1893 das Urteil gefällt:[39]) „Die modernen Völker waren nur zum Verständnis der subjektiven Rechte des römischen Rechtes, nicht aber auch seiner Grundbegriffe, seiner Rechtsverbände, fähig.[40]) Das römische Recht wurde also als eine Ordnung der subjektiven Rechte rezipiert, und so konnte sich auch die moderne Theorie nur als eine Theorie der subjektiven Rechte gestalten." Er war mit diesem Wort seiner Zeit weit voraus, und es ist nicht wunderzunehmen, daß seiner Warnung unter dem Gewicht der sich in der deutschen Kodifikation gerade krönenden herrschenden Berechtigungsauffassung der gebührende Einfluß versagt blieb. Das Berechtigungsdenken erfüllte auch die rechtsgeschichtliche Forschung und das Maß deren Befangenheit in diesem Denken scheint der Spanne der zeitlichen Entfernung vom Betrachtungsgegenstand zu entsprechen, weshalb uns ältere Forscher oft mehr sagen können als die jüngeren, wie das Beispiel Gewere bereits zeigte.

In diesem Zusammenhang ist bereits ein anderer Hinweis möglich. Es ist weder so, daß wir römischem Recht eine „Schuld" am Rechtszustande unserer Zeit zu geben vermöchten[41]), noch ist es so, daß wir etwa noch Elemente alten deutschen Rechtes besäßen, die einem Eindringen trotzten und die Pfeiler bilden könnten, auf die ein Rechtsneubau zu gründen wäre. Wo man von alten deutschrechtlichen Grundsätzen in unserem Rechte spricht, so ist das, wie sich später noch klarer zeigen soll, und wie bereits bei diesem Stande der Untersuchung hinsichtlich der sogenannten Publizität erhellte, arger Schein. Wir befinden uns in der Ebene „moderner Rechtstheorie", die in Ausschließlichkeit ihren Bereich ausgefüllt hat. Was manchem Anlaß gibt, deutschrechtliche Reminiszenzen zu üben, stellt sich immer wieder bereits als Umdeutung älterer Rechtserscheinung dar, ein Tatbestand, wie wir ihn immer finden, wenn eine andere Kraft zur Gestaltung schreitet. „Verschont" blieb nichts, und es hätte auch nicht in der Art alten deutschen Rechtes gelegen, sich verschonen zu lassen und im Winkel weiter zu leben. Wir müssen von vornherein darauf verzichten, Restbestände entdecken zu wollen. Das schließt nicht aus, daß es Grade der Umdeutung gibt, an die ein Neubau anzuschließen vermag. Einen besonders lehrreichen Fall, der die hilflose Lage derer, die vom Boden der Theorie der subjektiven Rechte, vom Berechtigungsdenken her, an Rechtsgeschichte gingen, zeigt die Lehre vom G e m e i n e i g e n t u m. Das Berechtigungsdenken setzt den Begriff Eigentum rein aus Einzelbezug a l s H e r r s c h a f t. In dieser Luft bedeutet Gemeineigentum begriffliche Selbstaufhebung. Der durch „eigen" ausgedrückte Bezug wird durch den Bezug „gemein" aufgehoben. Von begrifflicher Sauberkeit her, und das betont jene Rechtstheorie doch gern, ist dieser unentschiedene, schwerpunktlose zweifache Bezug nichtssagend. Um zu verstehen, was die Forschung mit diesem Begriff m e i n t e, müssen wir also immer den Bedeutungsgehalt „Herrschaftslage" für Eigentum u n t e r s t e l l e n, und zwar nicht eine b e s t i m m t e Herrschaftslage, etwa, wie man durch das Wort verleitet werden könnte, die Herrschaftslage e i n e s E i n z e l n e n, sondern überhaupt, „an sich", Herrschaftslage.[42]) So nur können wir uns der Bedeutung nähern, die auch den weiteren Begriffen „Familieneigentum", „Geschlechtereigentum"[43]) usw. zugrunde liegt. Anders ist es, wenn ein durch und durch anderes Denken den Begriff Gemeineigentum trägt. Wer nicht von vornherein eine Herrschaft, sondern einen Ordnungsstand ausdrücken will, vermag dies in dem Bezug gemein/eigen zu tun. Eine derart angesetzte Begriffsbildung ist allerdings unserer rechtsgeschichtlichen Forschung versagt geblieben.

§ 13.

So ist es ein ganz anderes Denken, das uns Eigentum in der Einheit ordnungsbestimmten Lebens auffassen läßt und uns hiermit geradewegs

auf den Begriff Gewere führte. Um den Rechtsbegriff Gewere ersteht in unseren Quellen die lebendige Gestalt des Menschen altdeutscher Ordnung.

Die männerbündische Struktur des Ordnungsbildes bringt es mit sich, daß die Gewere anfangs immer an den Mann geknüpft ist, an die unermeßliche Vielfalt seiner Lebensverhältnisse. Wir sehen ihn, wenn wir gegenwärtige Sonderungen von Lebenseinheit anlegen, im politischen Leben als Führer oder Gefolgsmann, Vasall, Bauer - land-, lehn-, dienst- oder hofrechtlich -, im privaten Leben als Ehemann, Vater, Nachkomme. Immer und immer wieder wird in die Vielfalt dieser Lagen, in die Vielfalt von Aufgaben, Pflichten, Berechtigungen, Leidenschaften nur die eine Frage nach der Gewere gestellt, und es gibt auf sie nur Antwort aus den Ordnungswirklichkeiten dieser Lebensverhältnisse. Wo die Gewere ist, da ist Ordnungseigen, wo sie nicht ist, da ist Störung, und es muß zum Rechte gegangen werden. Denn Recht ist im altdeutschen Lebensbild gleich Ordnung. Nur in der Ordnung ist Friede. „Dem Rechte liegt der Begriff des Richtens zugrunde." Es ist „das Gerichtete, mit dem Richtscheit in Ordnung, in die Reihe Gebrachte". Es ist „das Gerade und hat seinen Gegensatz am Krummen ... und sein Seitenstück am Schlechten, Geschlichteten, Geglätteten ... Ist nun das Recht das Gerichtete, Geschlichtete, so wird dem durch das Richten erreichten Zustande der Maßstab entnommen, nach dem sich das Ungrade, aus der Richte Gekommene, wieder einrichten soll".[44]) Das ist der Rechtsgang. Wo die Gewere ist, da ist der Vorsprung des Ordentlichen, Maß Gebenden, Fortgang Gebenden,[45]) das Recht zum Worte - „Beweisrecht", wie es in der Entgegensetzung zu unserer „Beweislast" gemeinhin durch unsere Forschung genannt wird. Aber das ist kein Beweisrecht, sondern einfach die Lage, Erster am Streiche zu sein; denn das Wort galt,[46]) und wer es sprach, der setzte es unverrückbar, maßgeblich, bindend, unumgänglich, Antwort heischend, wogegen unser „Beweis" aus dem Mißtrauen gegenüber dem Worte geformt ist; er ist um so stärker, durchdringender, „überzeugender", je mehr seine Mittel von dem, der sie braucht, entfernt sind. Um so sachlicher sind sie nach dieser Auffassung.[47]) Der Sachse litt es nicht einmal, daß versucht wurde, über die Güte seines Wortes zu Rate zu gehen. Das Wort der Angehörigen des 20. Jahrhunderts, der Teilhaftigen an Menschenrechten, „Freiheit", der „Individuen", ist vor Gericht von vornherein als fragwürdig zu behandeln, über das hinweg zum Beweise zu schreiten ist. Was für Männer stellt die Geschichte hier gegenüber! In unserem Jahrhundert hat das Wort des Mannes keine Geltung. Adolf Hitler war der erste, der sich empörte und zum Aufstand der Ehre aufrief; das bedeutet für den Rechtsgang Güte und Geltung des Wortes - ein Mann, ein Wort, eine Ehre. Von der Ehre her wird auch im Rechtsverfahren der Umbruch erfolgen: Ende des Prozesses und Gestaltung des Rechtsganges arischer Männer. Indem wir die Unverträglichkeit „moderner"

Beweissysteme mit altdeutschem Rechtsgang herausgestellt haben, ist die Tauglichkeit des Begriffes „Legitimation" auch von dieser Seite zur Erklärung der Gewere zerstört. Damit ist dieser Begriff den Weg gegangen, den wir bereits den weiteren Begriffen der Formulierung Hubers, den Begriffen „formal" und „Berechtigung"[48]) bereitet haben.

§ 14.

Im altdeutschen Ding ist lebenserfüllte Ordnung. Ich versuchte sie dem nahezubringen, der das Zeug in sich hat, sie zu spüren. In solche Lebensordnung ist der Rechtsbegriff Gewere in der Strenge gestellt, in der arische Männer sich zu Ordnung und zu Ehre zu bekennen vermögen. Durch ihn treffen sie die ihnen teilhafte Ordnungswirklichkeit im feststellenden Wort. Das ist durch und durch geistig. Recht und Rede leiten sich sprachlich aus ursprünglichsten Vernunftstätigkeiten, denen des Messens und des Zählens, her, deren gemeinsamer Grundbegriff das Ordnen ist.[49]) Hier ist Geist wirkend. Hier ist Gesetzlichkeit, Regel, setzende, zeitlose Weise der Erfassung gegenüber dem Strome des Zeitigen, Fließenden des Lebens. Es ist Denkzusammenhang, der den Rechtsbegriff Gewere schafft, es ist geistige Setzung, und wir können uns nicht damit begnügen, sein Wesen in irgendwelche sinnlichen Sphären zu rücken. Was zu solchen Erklärungen führte, das war nichts anderes, als daß der Ansatz germanischen und späteren Denkens so verschieden ist, daß der Geist des 19. Jahrhunderts den Geist der Vergangenheit nicht zu fassen vermochte, nur das Bild, dessen jener sich bediente. Und wo der Versuch gemacht wurde, in dieses Bild Geist zu legen, da war es ein anderer, ein Geist, der gelöst war vom Lebensgrunde, von Vergangenheit wie von Gegenwart. Es entstand aus dem Bilde Gewere, dem Bilde von Schutz und Wehr, eine „formale Legitimation von Berechtigung", ein Geist reinen Machtwillens, der sich in bezug auf ein Verfahrenssystem dartat, das sein Beweissystem war, und alles, was sich an Erscheinung mit dieser Fiktion nicht vertrug, wurde in das Reich des Scheins verwiesen. Unsere Auffassung von der Gewere sieht diese in einem lebensgegründeten Denkzusammenhang der Ordnung und Ehre, der sich von allem in Schärfe scheidet, was späteres Denken dem Bilde Gewere anlegte. Denn nicht aus dem Gebäude unserer Rechtstechnik, dem Begriffe wie „formal", „Legitimation", „Berechtigung" sämtlich angehören, ist die Gewere zu erfassen, sondern nur aus der Einheit des Bildes altdeutscher Lebensordnung. Wissenschaftlichkeit besteht nicht in der Strenge des Bezuges auf ein entwickeltes Begriffssystem, sondern in der Tiefe des Ansatzes, aus dem Lebenswirklichkeit erfaßt wird. Nun erst ist es spruchreif geworden, den eigentlich entscheidenden Einwand gegen die rechtsgeschichtlich entwickelte Gewere-Auffassung vorzubringen. Man erinnere sich der - gewiß nicht umsonst geschehenen - Voranstellung unserer Geschichtsauffassung. Wer ihr entnommen hat, daß die Geschichte

gebrochen am Sieb des Geistes in unsere Nähe tritt, in der durchsichtigen, regelnden Art, die er ihrem Ablauf verleiht, der wird jetzt einsehen können, daß wir den greifbar bereit liegenden geschichtlichen Erscheinungskomplex nur als Anzeichen für den wirklichen Ablauf nehmen können, nicht als seine leibhafte Wirklichkeit selbst. In deren Nähe gelangen wir erst, wenn wir die Brechung, in der sie uns entgegentritt, rückwärtig aufheben – indem wir gleichsam „nochmalige" Brechung vollziehen, welche die Eigentümlichkeiten der Verstandesfassung bindet und hiernach überhaupt erst die Möglichkeit herbeiführt, daß unsere Lebensbefindlichkeit sich jener Lebenswirklichkeit entgegengestellt, ausgesetzt, spürt: Haltung der Haltung. In Anwendung: nicht der Begriff der Gewere in Voraussetzungen, Umfang, Reichweite gesehen und dargestellt in unserer entwickelten Rechtsterminologie – Definition Huber – vermittelt Geschichtserkenntnis, sondern jene wird im Gegensatz zu dieser Methode überhaupt erst möglich, wenn wir das Quellenbild der Gewere nicht nur von den Bestimmtheiten späteren Rechtsdenkens, sondern darüber hinaus vorerst gänzlich von den Eigentümlichkeiten reiner Denkfassung zu lösen vermögen. Wir tun dies in dem Augenblick bereits, in dem wir uns die Gestalt des Mannes altdeutscher Ordnung lebendig nahe werden lassen, und wenn wir ihrer im Innersten teilhaftig sind, in der Fülle ihrer Lebensbeziehungen und doch der Einheit ihres Lebensbildes, dann wird uns die Bedeutung der Gewere aus der Hand dieses Mannes verliehen werden können, dann ist sie uns Symbol, Gleichnis seines Lebens, seiner Haltung, und die Art, in der wir uns als ganze Menschen ihr gegenüber entscheiden, wird zur Geschichtserkenntnis führen. Einleitend brachte ich das Beispiel des Fundes. Ich stellte die Frage, was gegenüber seiner handgreiflichen Wesenheit denn seine Gewesenheit ausmache. Die Antwort war: seine Stammschaft in lebendiger Welt. Ihr habe sich der Geschichtserkennende gegenüber zu finden. Es ist mit der Rechtsquelle und dem Begriff, den sie bietet, nicht anders als mit der Urne, der Waffe, dem Schmuck. Der Begriff ist Setzung des Geistes, bündige Form, wie sie. Auch er ist in einer förmlichen Handgreiflichkeit und durch sie in unsere Systeme einzureihen, gleichsam meß- und wägbar. Die Gewere hat durch Huber die genaueste förmliche Vergleichung mit dem bürgerlichen Rechtssystem erfahren – und doch ist er dem Gewesenen, dem Wesen des Geschichtlichen, hierdurch um keinen Schritt näher gekommen,[50]) sondern hat sich von ihm still entfernt, indem er die Gewere von vornherein im ganzen gegenwärtigte und sich damit den Zugriff zum eigentlich Vergangenen verschloß. Diese rechtsgeschichtlichen Systematiker brachen den Begriff durch ihren Ansatz notwendig aus seinem Lebenszusammenhang heraus – und der Begriff allein ist nie imstande, ihn zu vermitteln.[51]) Deshalb wird jetzt endgültig einzusehen sein, weshalb u. a. ohne die Lebenswirklichkeit des altdeutschen Rechtsganges die Gewere geschichtlich überhaupt nicht greifbar ist.

Jede andere „Methode" rechtsgeschichtlichen Vorgehens läßt in den vergangenen Rechtserscheinungen lediglich das gegenwärtige Rechtssystem auferstehen, und die notwendigen Unzulänglichkeiten, welche die Veranstaltung dieser Auferstehung immer dann mit sich bringt, wenn der Zusammenhang der geschichtlichen Rechtserscheinungen untereinander hergestellt werden soll, führen den Betrachter gewöhnlich nur dazu, die Rechtfertigung seiner selbst, der „Höhe" des Rechtsdenkens seiner Zeit im Gegensatz zu angeblichen Unvollkommenheiten jener Zeit, vorzunehmen und die Einfügung des Gesamten in die genugsam bekannten Fortschrittstheorien zu vollziehen; denn wer nur die Setzung sieht, wird im Fortschreiten ihrer Differenzierung, in der Mannigfaltigkeit logisch in die Reihe gebrachter Prägung, im ganzen Fortschritt sehen müssen. Wir wollen versuchen, den Erscheinungsablauf, der mit der Gewere anhebt, anders zu erfassen. Wir werden den Rechtsbegriff Gewere von allen Seiten immer wieder als Ausgang zu nehmen haben, um ihn derart in seinem geschichtlichen Wesen zu erkennen.

2. Abschnitt.

Verfall altdeutschen Denkzusammenhanges im Verfall altdeutscher Ordnung.

§ 15.

Die Ordnung des älteren deutschen Rechts ist Gemeine. Die Ordnungsbindung ist im Ursprunge keine geistige Tat, keine Zweckbeziehung, sondern Lebensgefühl, ein Ausdruck des Lebensbefundes überhaupt, im ganzen. So sicher es ist, daß diese Gemeinbindung im Rechtsbegriff Gewere geistig gefaßt wurde, so sicher ist gleicherweise, daß ihr Ursprung nicht im Bewußtsein zu finden ist. Denn Gemeinwesentlichkeit der Blutsbindung ist keine Tat des Bewußtseins. Sie reicht aus vorgeschichtlichem Völkerzustand, der „mit seinen Sippen-, Stammes- und Familienverbänden als eine Art Symbiose angesehen werden muß" [52]), herüber in geschichtliche Zeit und ist im älteren deutschen Recht lebensmäßig noch vorhanden. Der Bewußtseinszustand war hier nicht so, daß er ihre Gemeinwesentlichkeit zu schaffen vermocht hätte. Zum andern ist in der Breite unserer geschichtlichen Erkenntnis der Geist nie bindungsschaffend über die Bewußtseinsschwelle der Völker getreten, sondern bindungsabhängig, -erfassend, und, wo er sich eines Augenblicks in Selbständigkeit zum Schaffen rang, da war er bindungslösend, lösend von Blut und Boden. Wir haben den Begriff Gewere als Geistestat in einer Zeit, in der „der ursprünglich rein vitale Sachverhalt der Gemeinschaft" [53]) noch erlebnishafte Wirklichkeit besaß, die ein hier aufruhender Geist in ihren Wirksamkeiten im Begriffe zu fassen vermochte. „Gemein" als Begriff ist echte Lebenseinheit,

Erlebensgrundlage, Lebensgefühl, nicht Zwecksonderung, Zweckbindung, Zielhäufung.[54])

Es ist an dieser Stelle auf eine Gefahr aufmerksam zu machen, der die herrschende historische Methode ziemlich erlegen ist: die Deutung der bei großer geschichtlicher Entfernung regelmäßigen Armut unserer Geschehenskenntnis in eine Geschehensarmut jener frühgeschichtlichen Zeit überhaupt. Die Vorhandenheit von Lebenseinheit wird leicht nur in solche Lücken unserer Kenntnis gesetzt, in voreiliger Gleichsetzung faßbarer und wirklicher Geschehensfülle. Es drückt sich bereits in allen Fortschrittslehren ohne weiteres aus, indem Gegenwartsnähe und Kulturhöhe in gleichen Linien verlaufen. Für die germanische Zeit gehört hierher der bereits erwähnte Satz von der Primitivität des Geschehensablaufs, der sich darin auswirkt, daß bindungsnahes Leben von vornherein der Anschein von Unbeholfenheit, Plumpheit umgibt. Wir haben uns die Anzahl der entscheidungsbedürftigen Lagen des Dings nicht geringer zu deuten als die einen späteren Gemeindebereich betreffende. Es ist aus deren Strukturverhältnissen höchstens das Gegenteil der Fall; denn die Gemeine besaß eine viel größere Unmittelbarkeit zum Geschehen in seinem Gesamtablauf als die Gemeinde späterer Prägung, die den Gemeindeangehörigen nur als Ortsbefindlichen in der verwaltungsmäßigen Begrenzung auf verschiedene Angelegenheiten erfaßte und nicht als ganzen Menschen.

Die erlebensmäßige Grundbefindlichkeit der Gemeine zeigte sich in der Dingwesentlichkeit der Blutsbindung. Aus Familie, Sippe, wächst als höhere Einheit die Gemeine. Das Ding ist der Männerbund, der sie im Handeln darstellt. Die männerbündische Ausrichtung der Gemeine fällt mit dem Eintritt der Germanen in die Geschichte zusammen. Im Ding ist G e i s t als Gestalter. Dingen und Denken sind eng verwandt. Beide geben Ordnung. Der Gedanke ist Ordnung, wie das Ding Ordnung ist.[55]) Im Ding fallen die Entscheidungen, die die Gemeine handelnd, richtend zeigen. Und ein lebensruhender Geist faßt die Gegebenheiten des Lebensgrundes – Wirklichkeiten, die bewußtseinsunabhängig da sind und deren Erfassung dem Geiste um so schwieriger wird, als er sich vom Leben freimacht. Wieder ist es einer unserer älteren Forscher gewesen, der den zugrundeliegenden Sachverhalt hervorgehoben hat, ohne allerdings den Grundablauf, in dem jener sich verändernd bewegt, aussprechen zu können. Es ist Wilhelm Eduard W i l d a in seinem 1842 erschienenen „Strafrecht der Germanen".

> „Familie und Gemeinwesen sind die natürlichen n o c h u n b e w u ß t e n E i n i g u n g e n der Menschen[56]) ... Das ist der Punkt, mit welchem die Geschichte der deutschen Stämme beginnt; jene in Auflösung begriffene Familieneinigung ist in der ältesten Gestalt der deutschen Rechtsinstitution ausgeprägt. Je mehr der Mensch des Zusammenlebens und seiner Notwendigkeit sich b e w u ß t w i r d,[56]) je mehr geht das Gemeinwesen in seine vollkommenere Gestalt über, die wir Staat nennen ... Die Staatsunmittelbarkeit der Familie hat nun

aber aufgehört, sie tritt vom Schauplatze des öffentlichen Rechts zurück und erscheint fast nur als ein Institut des Privatrechts." [57])

Damit ist eigentlich alles gesagt. Die Gemeine verfällt mit dem Zurücktreten ihrer Blutsgrundlagen. Die bewußten männerbündischen Schöpfungen erfahren ihre Lösung von echter Lebensbindung, und der Staat, bewußte Geistestat, „künstlich geschaffen durch die Taten und die Vereinigung freier Männer" [58]), erfährt diese Lösung mit dem Verfall des Dings, das als Auslese auf der alleinigen Grundlage des Blutszusammenhangs die Einrichtung des Gemeingeistes war.

§ 16.

An zwei Rechtseinrichtungen, die ursprünglich Gemeingeist schuf, ist das Bild des Verfalls besonders schroff zu zeigen. Das ist zunächst die Vormundschaft.

Gemeinwesentlichkeit besaß für das Ding als Männerbund nur der freie Mann, gewachsen aus der Blutseinheit. Wer diesem Männerbunde nicht angehörte, konnte nur im Wege über einen dieser Männer Gemeinwesentlichkeit erlangen. Das ist der Sinn der Vormundschaft. Für Frauen, Kinder, Fremde war also die Vormundschaaft eine Notwendigkeit, durch die sie für das Ding erst Gemeinwesentlichkeit erlangten. Wer nicht freier Mann war, mußte einen solchen als Vormund haben. Dieser Sachverhalt kann uns erst die wirkliche Bedeutung der Durchbrechung alter Vormundschaftsgrundsätze verständlich machen.[59]) So, wenn der zwischen 14 und 25 Jahren Befindliche es sich wählen durfte, ob er einen Vormund haben wolle oder nicht. Weil die Notwendigkeit dieser Einrichtung hier bereits nicht mehr bestand. So, wenn die Geistlichen des Vormunds nicht mehr bedurften. Denn sie waren ja selbst bereits Macht, Träger öffentlicher Gewalt geworden. So, daß der Rechtlose und der Ehrlose einen Vormund haben können. Denn das Wesen der Vormundschaft war bereits ein anderes - die Vormundschaft gab nicht mehr Gemeinwesentlichkeit, sondern war zum Amte des Geschäftsbesorgers geworden. So, wenn ein Ehrloser sogar die Fähigkeit zum Vormund-Sein, wenn auch „nur" über Frau, Kinder und Schwester, haben konnte, oder auch ein Ausländer. Denn, was die Vormundschaft allein eben sollte, Geschäftsbesorgung, das konnte auch durch diese geschehen. Auffallend ist hierbei aber, daß trotz solcher Beschränkung des alten Instituts der Vormundschaft das deutsche Recht in Ständigkeit den Juden von der Vormundsfähigkeit ausschloß. Hier scheint selbst die Begrenzung auf bestimmte Angelegenheiten noch zu starke Hindernisse zurückgelassen zu haben. Das 19./20. Jahrhundert hat nach einer Reihe von Uebergängen auch hier das große Herz gezeigt. Der Jude kann Vormund sein. Dieser Schritt war nach dem Edikt von Hardenberg,[60]) das die Juden zu Staatsbürgern machte, und einigen Uebergangsregelungen [61]) nicht mehr groß.

Dann die Dingpflicht.

Zunächst war jeder Freie dingpflichtig.[62]) Die sogenannte karolingische Gerichtsreform tat hier den schärfsten Einschnitt.

„In betreff der Gerichtsversammlungen, welche die freien Männer besuchen müssen, ist die Bestimmung unseres Vaters (Karls des Franken) durchaus zu beobachten und zu halten, daß sie nämlich im Jahre nur drei allgemeine Gerichtsversammlungen zu besuchen haben, und daß keiner sie nötige, mehr zu besuchen, außer wenn jemand entweder verklagt ist oder einen anderen verklagt oder zur Zeugnisablegung berufen ist. Zu den übrigen Gerichtssitzungen, welche die Vikare oder Centenare abhalten, soll keiner zu kommen verpflichtet sein, außer wer den Prozeß führt oder urteilt oder Zeugnis ablegt." (Kapit. von 817.) [63])

„Keiner soll zur Gerichtsversammlung gebannt werden, außer wer seinen Prozeß führt oder verklagt ist, und ausgenommen 7 Schöffen, die allen Gerichtsverhandlungen beiwohnen müssen." (Kapit. von 803.) [64]), [65]).

Hierzu ist nichts hinzuzufügen; denn das war Vernichtung des alten Dings. Der Männerversammlung, die auf der Grundlage der Blutsbindung ausgelesen war, war die Entscheidung genommen worden. Die Gemeine war tot. Eine Ordnung war weiterhin. Sie wurde durch den Männerbund der reinen Waffengefolgschaft getragen.

Von hier aus ein Blick in Gegenwärtiges. Uns wird als altdeutsches Prinzip des gegenwärtigen Prozesses seit je der Grundsatz der Verfahrensöffentlichkeit gelehrt. Was bedeutet sie im Vergleich mit der Dingoffenheit? Die Oeffentlichkeit besteht darin, daß der Regel nach jedermann aus dem Publikum Zutritt zu den Gerichtssälen haben soll, in denen die Gerichte Recht sprechen [66]); Oeffentlichkeit des Verfahrens bedeutet also Möglichkeit des Verfahrenszuganges für beliebige Einzelne. Diese „Oeffentlichkeit" und die Oeffentlichkeit des altdeutschen Dings sind verschieden wie Wasser und Feuer. Die Oeffentlichkeit des Dings ist eine wirkliche, lebendige.[67]) Hier ist der entscheidende Männerkreis, von dem her sich allein die Ordnungswesentlichkeit eines Vorganges bestimmt, notwendig und vollzählig vorhanden - und nicht nur vorhanden: handelnd, entscheidend, lebend. Die gegenwärtige Wirklichkeit der Verfahrensöffentlichkeit besteht aus einigen unmittelbar Interessierten, vermehrt durch ein Pack von Nichtstuern und Neugierigen. Die Presseberichterstattung ist ein Vermittlerglied, das keinerlei „Oeffentlichkeitsersatz" zu schaffen vermöchte. Der Grund, aus dem heraus eine liberale Zeit eine derartige Regelung mit dem hochklingenden Namen „Oeffentlichkeit" für zweckdienlich hielt, war Mißtrauen gegenüber dem Entscheidenden - Sicherung. Es ist Vorsicht, damit der Staat seine Bereiche wahrt. Aus welch anderem Stoff ist im Hinblick hierauf etwa die Urteilsschelte des altdeutschen Rechts. Wer ein Urteil schilt, muß selbst das bessere finden. Hier ist von vornherein das Vertrauen in den Willen des Entscheidenden gesetzt. Denn, und das ist das Ausschlaggebende, die Vorgänge sind wie die Menschen offen, und wo Sicherungen sind, da sind sie aus Eigenheiten der Sachlage und

nicht aus einer allgemeinen Atmosphäre gegenseitigen Mißtrauens. Noch ein Hinweis auf eine andere Seite der Dingpflicht, die Urteilsfindung. In ihr liegt der Kern der Entscheidungslage, und es ist natürlich, daß bei jedem Ordnungswandel hier am schärfsten der Zugriff seitens neuer Macht erfolgte. Ursprünglich hatte jeder Freie die Pflicht der Urteilsfindung auf die Urteilsfrage hin.[68]) Der freie Mann entschied. Dann kamen die Schöffen. Dann die Beamten.

§ 17.

So zeigt der Wesenswandel der Ordnung im Rechtsbilde zunächst die Lösung von der Blutsbindung. Die neuen Formen des Männerbundes, die an die Stelle des lebensgegründeten Männerbundes „Ding" traten, sind Zweckeinheiten. Das ist zunächst in größter Allgemeinheit von der Entwicklung zu sagen, wie sie die Waffengefolgschaften genommen haben, die, aus der Völkerwanderungszeit gewachsen, die Wesentlichkeit der Blutsbindung verlieren. Uns geht am meisten die fränkische Entwicklung an, in der es scharf hervortritt, während besonders die sächsische demgegenüber bindungsnäher war, wie die geschichtlichen Frontbildungen zeigen.[69]) Karl der Franke ist Vollstrecker des Volkstum, Seele, Leben angreifenden Alleingeistes. Das Netz der Beauftragten, der Beamten, breitet sich über die deutschen Stämme. Es gedeihen die Zweckbildungen, Lehen, Stadt, Apparaturstaat.[70]) Gewiß sind, wie gerade das Lehen zeigt, einzel- und mehrheitserlebnismäßige Elemente in Fülle vorhanden, aber sie sind nicht in Notwendigkeit und Selbstverständlichkeit aus Blut und Rasse.[71]) So sehen wir weiter: Genossenschaft, Korporation, Gilde und auch - Kirche.[72]) Und weiter: die „Neuzeit" bringenden wirtschaftlichen Gruppierungen, zu denen auch schließlich die Stände zu rechnen sind. Diese Zweckbildungen sind die Macht, die die Nachfolge deutscher Lebenseinheit angetreten hat. Sie sind in Entgegenstellung zu ihr alle gleich, ob sie nun eine Ideologie - vom Christentum bis zum bürgerlichen Nationalismus und Marxismus - oder ob sie ein unverhülltes wirtschaftliches Ziel als Motiv ihr eigen nennen. Durch die Zweckbildung vollzieht sich der Wesenswandel der Ordnung. Der Ursprung, der in Lebensgefühl, in gegebener Bindung an Blut und Boden lag, ist nun im Bewußtsein. Und die Lebensabhängigkeit des Handelns schwindet.

Der Wesenswandel der Ordnung geschah nicht in plötzlichem Vollzug. Wenn sich verschiedene Stufen des bindungslösenden Vorganges unterscheiden lassen, dann nicht in genauer Abfolge, sondern in jähem Auf und Nieder, in wechselndem Hier und Dort. Und überall eins: wo das Bewußtsein schaffend ist, Alleinschöpfer ist, Ursprünge gibt und sich nicht in den gegebenen Maßen des Lebens hält, überall dort sind wir von vornherein außerhalb des Lebens, und je lebensunangemessener die Schöpfung ist, desto mehr zwingt sie Leben, knechtet, zerstört. Wo es so stark wurde, daß es die

Bindungen überwand, d a sinkt die Ordnung, ursprünglich wohl Symbiose, noch geschichtlich sichtbar als Lebensgefühl der Blutsgenossenschaft, zur Zweckeinheit zusammen. In solcher Zweckgerichtetheit sind die Menschen nur beieinander, i m g a n z e n i h r e s L e b e n s sind sie sich f e r n. Der Zweck, der wieder und wieder wechselnde Staatszweck, der jeweilige Wirtschaftszweck greift an bewußte S e i t e n des Menschen und organisiert sie, doch in Lebensganzheit ist der Mensch für sich, bindungsbloß, Individuum. Denn Organisation vermag nie die Echtheit und Lebensfülle des Organischen zu ersetzen. Weil es sich überhaupt nicht s e t z e n läßt. Erst eine Grundbefindlichkeit, die sich im Lebensganzen fragwürdig gestellt sieht, vermag das Blut wiederzufinden und wirkt den Aufstand wider den Alleingeist. Doch der Aufstand wurde immer mehr zu einem gelegentlichen, je mehr im Fortschreiten des Bewußtseinsstandes der Völker das Postulat V e r n u n f t die Gesamtausrichtung vollzog. Es mußte sich ereignen, daß der Geist schließlich sich selbst in den Ursprung von Leben, Geschehen setzen zu können glaubte. Er schritt zur Vollendung des Werkes. Sie mußte dieser Art sein; denn Bindungsgelöstheit muß schließlich in Notwendigkeit die geisturspüngliche Setzung bringen. Noch das klassische Ideal verharrte in einem Spannungsausgleich Geist-Seele. Es ist das Bild der P e r s ö n l i c h k e i t, das noch den Schein der Ruhe von Geist und Seele zeigt, jene „gleichsam lebenswarme Vernünftigkeit", wie Ludwig K l a g e s es ausdrückt. In H e g e l wurde diese Lage zum Geiste gerichtet. Es ist die Selbstausrichtung und S e l b s t a u f r i c h t u n g d e s G e i s t e s im Ursprunge des Ganzen.[73]) Der Wesenswandel der Ordnung zeigt mithin folgenden Ablauf. Vom Schaffen Karls des Franken führte eine gerade Linie zu den Höchstformen der Zweckeinheit, deren Merkmal in ihrer Eigenwüchsigkeit und Bedürfnislosigkeit gegenüber seelischer Gründung zu sehen ist, so sehr sie ein Lebensmotiv des öfteren zu ihrem Zwecke erheben. Die Indivituation geht dann in die Breite. Diese zweite Linie, die Vereinzelung in Breite, löst die erste, die der Zweckeinheit, nicht einfach ab. sondern schmilzt sie in sich ein: es erfolgt die Auflösung der zweckgerichteten Ordnungseinheit in ihrer sich bis zur Spitze türmenden Schichtung in eine nur formale Einheit, die sich über eine Vielheit von Einzelzwecken breitet, in deren Schwerpunkt nicht mehr die Ordnung, wie zuvor, sondern nunmehr ausgesprochen der einzelne Mensch ruht. Das „Naturrecht", von der Kirche wirksam vorangetragen, entfaltete sich. Bis zur Renaissance wurde nach dem Einzelnen nicht viel gefragt. Im Mittelpunkt stand die Ordnung, ein meisterhafter gotischer Dom aus sinnreich gelagerten Schichtungen. Nun war der Einzelne zum Maß geworden. Anfangs war es Macht, eine Tat. Es war vitalste Individualität, „Persönlichkeit". Am Ende stand ein Einzelbild, wie es „Vernunft" umriß. Und es verlor seine ausrichtende Kraft nicht einmal, als die naturrechtliche Wissenschaft an ihrer Grundfrage, der Vernunfterklärung des ganzen Menschen, offen=

sichtlich gescheitert war und einer Rechtswissenschaft Platz machte, die sich damit „begnügte", die Vernunfterklärung nicht mehr an den ganzen Menschen, sondern an „das Recht" anzulegen. Hiermit war der Bau in den luftleeren Raum geltungsfähig geworden. Ein bemerkenswerter Ansturm geschah durch die historische Rechtsschule. Ihr großer Ansatz war die Leugnung des absoluten Rechts. Ihr wissenschaftliches Unterliegen geschah aus zwei Gründen: die Rassenfrage war ihr im letzten unzugänglich geblieben und mit ihr die Unterscheidung Leben/Geist, wie sie etwa in der unumgehbaren Herausstellung durch Klages seitens jedes Wissenschaftlers die Auseinandersetzung fordert. Wenn Savigny das Recht auf das Bewußtsein des Juristen, welches das Volksbewußtsein weiter repräsentiere, zu gründen vermag, so ist hier zur Verwechslung Leben/Geist auch gleich die Fiktion der „Repräsentation" gefügt, ein Weg, der zeigt, wie die historische Rechtsschule unentrinnbar dem Vorwurf der Entwirklichung in gleicher Weise preisgegeben war, wie ihre Gegner.[74]) Es zeigt sich in ihr die Unmöglichkeit, ein nicht absolutes Recht mit den Mitteln der entwickelten Wissenschaftsauffassung zu erfassen. Ein Bereich, der blutmäßige Voraussetzungen besitzt, ist mit einer allgemeinen voraussetzungslosen Methode nicht greifbar. Indem die historische Rechtsschule nicht überhaupt von einem ganzen Umbruch der Wissenschaft begleitet war, konnte sie die vernunftgegründete Rechtslehre nicht gefährden.[75]) Es war ihr nicht beschieden, die Frage des Erkennens, und das ist schließlich im ganzen die Frage des Schaffens, ihrer Tendenz entsprechend vom Grunde her neu zu stellen. An diesen wunden Punkt der geschichtlichen Schule rührte bereits 1829 Friedrich Ludwig Bernhard,[76]) wenn er kritisiert: „Dagegen hat die geschichtliche Schule ein gewisses Unrecht begangen an der menschlichen Würde die darinn besteht, daß der Mensch, wenn er einerseits einem unabänderlichen Naturgesetz unterworfen ist, wie ein jedes Geschöpf, und einem innern Bildungstrieb gehorcht, dem man die Richtung nicht vorzuschreiben vermag, auf der anderen Seite auch bestimmt ist, der Schöpfer seines bessern Theils zu seyn und nach dem Urbild Gottes dessen Ebenbild zu werden. Ich möchte sagen, daß die Menschen Lehenträger der göttlichen Schöpfungskraft sind. – In so ferne ist auch die Lehre geeignet irre zu führen, welche die Bildung des Rechts mit der Entwicklung eines physischen Organismus gleichsetzt." Die historische Rechtsschule vermochte nicht volksgebundenes Recht als Schöpfung des Mannes, des Einzelnen, zu begreifen. Die Selbständigkeit des Einzelnen als eines reinen Geistesträgers wurde nicht erschüttert. Die Ordnung als Lebensgrund nicht als existentielle Unabweisbarkeit in den Einzelnen, den Volksgenossen, gelegt. Und je mehr die Vereinzelung sich in die Breite senkte, desto mehr war Lebensbindung bereits in die verschiedenen Unabweisbarkeiten alltäglicher Erträglichkeit zusammengesunken – im ganzen eine Ordnung ohne jede Plastik, Lebendigkeit, Gerichtetheit; Schrumpfung auf

die Formalien der Sicherung mehr=menschlichen Dahinlebenlassens. Der Ablauf des Verfalls zeigt an der Stelle, die einst durch die Lebensfülle der Gemeine erfüllt war, den „bloßen Verwaltungsbegriff" der Gemeinde, die selbst der Seßhaftigkeit entbehrte.[77]) Ihre Existenz erschöpfte sich in der Listenführung zur Durchführung der unabwendbaren Angelegenheiten, die sich nun einmal aus mehr=menschlichem In=der=Nähe=Sein ergeben und zu deren Erfüllung sich „vernünftige" Menschen bereitfinden. Die zwischen=menschliche Beziehung versandet in dem Nichtauffallen, in der bürgerlichen Ruhe der sogenannten guten, d. h. gesellschaftlichen, Erziehung. Aber in der Luft städtischer Masse, in der Luft parlamentarischer Demokratie ist das bald nicht mehr bewußte, überlegene Grenzsetzung des Ich gegenüber dem Staat, sondern in gleichsam verlängerter Verfallstendenz die Diktatur des Unpersönlichen. Es ist das „Man", und es wirkt, es gilt in stärkster, überwindender Aufdringlichkeit - das Bild, wie es Heidegger zeichnet:

„In der Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel, in der Verwendung des Nachrichtenwesens (Zeitung) ist jeder Andere wie der Andere. Dieses Mit=einandersein löst das eigene Dasein völlig in die Seinsart „der Anderen" auf, so zwar, daß die Anderen in ihrer Unterschiedlichkeit und Ausdrücklichkeit noch mehr verschwinden. In dieser Unauffälligkeit und Nichtfeststellbarkeit entfaltet das Man seine eigentliche Diktatur. Wir genießen und vergnügen uns, wie man genießt; wir lesen, sehen und urteilen über Literatur und Kunst, wie man sieht und „urteilt", wir ziehen uns aber auch vom „großen Haufen" zurück, wie man sich zurückzieht; wir finden „empörend", was man empörend findet. Das Man, das kein bestimmtes ist, und das Alle, obzwar nicht als Summe, sind, schreibt die Seinsart der Alltäglichkeit vor ... Diese Durch=schnittlichkeit in der Vorzeigung dessen, was gewagt werden kann und darf, wacht über jede sich vordrängende Ausnahme. Jeder Vorgang wird geräuschlos niedergehalten. Alles Ursprüngliche ist über Nacht als längst bekannt geglättet. Alles Erkämpfte wird handlich. Jedes Geheimnis verliert seine Kraft. Diese Sorge der Durchschnittlichkeit enthüllt wieder eine wesenhafte Tendenz des Daseins, die wir die Einebnung aller Seinsmöglichkeiten nennen.

Abständigkeit, Durchschnittlichkeit, Einebnung, konstituieren als Seinsweisen des Man das, was wir als „die Oeffentlichkeit" kennen. Sie regelt zunächst alle Welt= und Daseinsauslegung und behält in allem recht. Und das nicht auf Grund eines ausgezeichneten und primären Seinsverhältnisses zu den „Dingen", nicht weil sie über eine ausdrücklich zugeeignete Durchsichtigkeit des Daseins ver=fügt, sondern auf Grund des Nichteingehens „auf die Sachen", weil sie un=empfindlich ist gegen alle Unterschiede des Niveaus und der Echtheit. Die Oeffentlichkeit verdunkelt alles und gibt das so Verdeckte als das Bekannte und jedem Zugängliche aus.

Das Man ist überall dabei, doch so, daß es sich auch schon immer davon=geschlichen hat, wo das Dasein auf Entscheidung drängt. Weil das Man jedoch alles Urteilen und Entscheiden vorgibt, nimmt es dem jeweiligen Dasein die Verantwortlichkeit ab. Das Man kann es sich gleichsam leisten, daß „man" sich ständig auf es beruft. Es kann am leichtesten alles verantworten, weil keiner es ist, der für etwas einzustehen braucht. Das Man „war" es immer, und doch kann gesagt werden, „keiner" ist es gewesen. In der Alltäglichkeit des Daseins wird das meiste durch das, von dem wir sagen müssen, keiner war es.

Das Man entlastet so das jeweilige Dasein in seiner Alltäglichkeit. Nicht nur das; mit dieser Seinsentlastung kommt das Man dem Dasein entgegen, sofern in diesem die Tendenz zum Leichtnehmen und Leichtmachen liegt. Und weil das Man mit der Seinsentlastung dem jeweiligen Dasein ständig entgegenkommt, behält es und verfestigt es seine hartnäckige Herrschaft.

Jeder ist der andere und keiner er selbst. Das Man, mit dem sich die Frage nach dem Wer des alltäglichen Daseins beantwortet, ist das Niemand, dem alles Dasein im Untereinandersein sich je schon ausgeliefert hat."[78])

Dieses Man verbirgt sich am ungeschicktesten hinter der Struktur des Apparaturstaates. Dem Apparaturstaat entspricht vollkommen der sogenannte „öffentliche" Anstand. Hier wie dort Formgenügsamkeit, die es diktatorisch nicht zuläßt, daß dem Staat oder dem Anstand die Wirklichkeit von Lebensdurchdringung gegeben wird. Lebenskreise, in denen als Verkehrsmittel ein anerzogener Ton, als Verkehrszweck die „Beziehung", die Protektion ebenso wie die Intrige, herrscht, wo der modisch angezogene, wendige, galante junge Mann seinen Boden findet, nicht aber der Jüngling, der die Offenheit, Geradheit, Zielsetzung männlichen Bundes sucht.[79])

§ 18.

Die Waffengefolgschaften, wie sie sich schließlich entwickelt hatten, gaben Ordnungsbeziehung im Dienst als Waffenbeziehung. Diese Waffenbeziehung bestimmt die Zusammenhänge, die sonst im Lebenszusammenhang gegebene Bindungen darstellen, Bindungen an Blut und Boden. Die Blutsbindung verliert ihre Bedeutung. Die Bodenbindung schrumpft in nur zweckbestimmten Zusammenhang mit der Erde zusammen. Der Zusammenhang mit dem Boden bestimmte sich von der Ordnung her nach Gesichtspunkten der Waffengewalt, und so war die Bodennutzung für die Ordnung nicht anders von Bedeutung, als daß sie die Existenz des Waffenträgers sicherstellte, in Ernährung wie in Ausrüstung. In der Landnutzung drückt sich damit eine machtbestimmte Ordnungsbeziehung aus. Sie ist es, die die Wesentlichkeit des Einzelnen für die Ordnung ausmacht, die anzeigt, ob er Eigentümer ist – es werden jetzt erst die Gesichtspunkte deutlich, weshalb nur der Freie Eigentümer sein konnte, und weiter: was für ein Eigentümer er ist, wie stark seine Ordnungsbeziehung ist, ob er selbst antritt, allein ausgerüstet, oder mit Gefolge, mit Mannen. „Von jedem Länderbesitz war die Verbindlichkeit unzertrennlich, Heerfolge zu leisten, d. i. mit der gehörigen Ausrüstung und einem Gefolge, das dem Umfang der Grundstücke, die man besaß, angemessen war, zu dem allgemeinen Bunde zu stoßen, der das Ganze verteidigte ..." schildert der Geschichtsprofessor Friedrich von Schiller.[80]) Wir sehen also den Zusammenhang: Ordnungsbeziehung/Waffenbeziehung/Landnutzung. Nun kam etwas anderes hinzu: das Geld, anorganischer, unpersönlicher Faktor – die Entwicklung der Städte aus dem Marktrecht. Während die Landnutzung noch ursprünglich auf echtem seelischen Lebenszusammenhang ruhte, sie wurde

erst in „freierer" Bewußtseinsstufe zum zweck- und machtgerichteten Zusammenhang, beginnt das Städtewesen bereits ursprünglich ohne wesentlich seelischen Zusammenhang. Es beginnt in zweiter Stufe. In ihm ist nicht mehr *Lebens*besinnung zum Geiste,[81]) denn diese ist in notwendiger Zweiheit Menschentum/Landschaft. Der städtische Mensch ist ein anderer. Er ist bereits in anderem Stil. Er ist nicht in Einheit, Gewachsenheit, Gebundenheit, und hierin in Einklang, in Dauer, nicht im ewigen Wieder von Morgen und Tag und Abend und Nacht, sondern in jähem Auf und Nieder, Hell und Dunkel, von Werk zu Werk, von Aktion zu Aktion. Und er empfindet sein Eigenes, Eigentümliches in dieser Bewegtheit, seiner Wirksamkeit, in Jagen, Kämpfen, wirtschaftlicher Aktionsfähigkeit, während der Landmann im gebundenen Sein mit der Erde ist – das sind *Gegensätze*, und der Pol Stadt erhielt im Rechte zunehmenden, schließlich diktatorischen Gestaltungsvorsprung. Vom Marktrecht her bildet sich höchst bewußte, zweckgerichtete Schaffensordnung. Der Handelsstand, Zünfte, Gilden zeigen einen *derart* selbst*bewußten* Typ. Doch die ursprüngliche Bodengelöstheit, überhaupt Bindungsgelöstheit, mußte um so gründlicher und vollendeter das Bild des menschlichen Nebeneinander und organisierten Gegeneinander, den Verfall, werden lassen, als mit dem allmählichen Verlust seelischen Instinktes sich die Stadt nicht mehr gegen den Zuzug aller entwurzelten Elemente zu stemmen vermochte. Die freie Schaffensordnung wird zur Fabrikordnung. Und, während Landnutzung ursprünglich in seelischer Einheit ruhte, während die Stadt ursprünglich bereits in zweiter Stufe, im zweckgerichteten Schaffensbund, begann, liegt der Ursprung einer dritten Erscheinung erst in dritter Stufe, der Schaffensknechtschaft: es sind die großen kapitalistischen Industriegründungen des letzten Jahrhunderts.

Nur wenn wir uns diesen Ablauf vor Augen halten, können wir verstehen, was die Gewere eigentlich als der Rechtsbegriff Eigentum bedeutete. Ursprünglich war sie auf den Mann in der Ganzheit seiner Lebensbeziehungen bezogen. Sie war in allem, was wir nur noch in Häufung der Sonderungen Personenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Sachenrecht, Schuldrecht auszudrücken vermögen. Frau und Kind waren in Were, ebenso wie es der Acker und die Waffe waren. Und doch ist nichts verfehlter als der Schluß, daß Frau, Kind und Sache sich in Gleichstellung befunden hätten.[82]) Gewere ist der Ordnungsstand im ganzen. Dieser Ganzheitsbezug löst sich entsprechend dem Ordnungswandel auf in die Machtbeziehung, Waffenbeziehung, und erfaßt nun den Mann in Sonderung, hinsichtlich seiner „öffentlichen" Bedeutung. Der Begriff Gewere verlagert sich zu der Eigenschaft des Mannes als Waffenträger, seiner Waffenfähigkeit, seiner Gefolgschaft, die Freiheit ist. Der Nutzungsbereich verlieh ihm wirtschaftliche Selbständigkeit in gleichem Maße, wie er in ihm die Machtlage der Ordnung wahrte. Und so sehen wir die Gleichsetzung von Gewere und *Nutzung*. Nicht zu übersehen ist aber,

daß der Waffenbund die ebenso notwendigen Voraussetzungen von Freiheit und Ehre in sich trug. Wenn unsere rechtsgeschichtliche Forschung die Gleichsetzung Gewere = Nutzung bereits von vorherein vornimmt, so ist das eine Nichtberücksichtigung des Ordnungsgrundes, auf dem unsere Quellen ruhen; daß diese „nutz" gleich „gewere" brauchen, ist hiergegen kein Einwand. So hat die Gewere, oder mit unseren Worten: so ist „Eigentümer" der gefolgschaftsgebundene, landnutzende Mann.[83]) Wer hier Eigentum einfach als Herrschaftsrecht oder Gewere als Nutzungsrecht oder als Erscheinungsform eines Sachenrechts definiert, der hat eine Abstraktion vorgenommen, die in ihrer Farblosigkeit wertlos ist, und darüber hinaus, die in der Selbständigkeit, in der sie hingestellt wird, die wirklichen begriffsbildenden geschichtlichen Beziehungen unterschlägt und damit unrichtig ist. Es wird jetzt die Unmöglichkeit einzusehen sein, aus einer auf sich gestellten Sparte „Sachenrecht" die Gewere zu begreifen. Denn über die allgemeine Sachbezogenheit geht bereits die starke Konkretisierung als Bodenbezug hinaus. Die Auffassung der Gewere als Ordnungsstand vermag uns weiterhin auch den vom Standpunkt des Berechtigungsdenkens einfach nicht faßbaren Umstand verständlich zu machen, daß mehrere Personen an ein und derselben „Sache" die Gewere haben können. Das ist dann der Fall, wenn, wie Laband[84]) es richtig trifft, „einer sich die Gewere des anderen zurechnen kann". Im Falle des Rechtsstreites steht die Sache selbst aber immer dem zu, hat die stärkere Gewere, der sie abgeleitet besitzt und sich daraufhin in wirklichem, unmittelbarem Nutzungsverhältnis zu ihr befindet. Sie gebührt also in einem Streit zwischen Herrn und Vasallen dem letzteren.

Der weitere Ordnungswandel kündet sich bei der Gewere am schärfsten darin an, daß an die Stelle der Nutzung in deren Tatsächlichkeit unmittelbarer persönlicher Uebung die Allgemeinheit, Unpersönlichkeit geldbestimmten Sachgenusses tritt. Der Sachsenspiegel befindet sich in der Zeit, in der diese Welten aufeinander stoßen. Damit, daß Nutzung und Zins bereits in Gleichwertigkeit und Verbindung erscheinen - der Ausdruck der Quellen ist: in nut unde in gelde[85]) - ist der Sieg des Geldes bereits gesichert, und es bedeutet schon endgültige Position dieses Ablaufs, wenn es im schwäbischen Landrecht 22 heißt: „... so setze her im einen zins darus, damit hat er di gewer." Fortschreitend verliert der Zins seine Gewere-Vermittlerrolle. Durch städtischen Einfluß[86]) gelangt er dazu, die Gewere voll zu erfüllen und zu ihrem selbständigen Träger aufzusteigen. Hier liegt der Ursprung der Gewere an „Rechten". Damit sind die Karten voll aufgedeckt: es handelte sich nur um Geldmacht, und es war folgerichtig, allein hierauf den „Ordnungs"begriff zu beziehen. Das ist die Zeit, die für die Aufnahme des römischen Rechtes reif ist. Die Ordnungswesentlich-

keit vermag sich bereits in geldbestimmter Allgemeinheit zu erschöpfen und die Gewere, ihr Rechtsbegriff, entspricht dieser Lage derart, daß sie der verlustlosen Ersetzung durch den farblosen Eigentumsbegriff der italienischen Doktrin fähig war.

3. Abschnitt.

Das Wesen der Rezeption.

§ 19.

Der Wandel der Ordnungsbeziehung, wie er sich mit der Auflösung der Gerichtetheit des mittelalterlichen Staates vollzieht, zeigt im umgekehrten Verhältnis zu dessen Verfall in immer bewußterem Aufsichgestelltsein in Breite das Bild der Einzelpersönlichkeit. Bereits das Christentum, Hegel hebt es als dessen Mission hervor, hatte sich um seine Gestaltung bemüht. Die Herrschergestalten seit Ausgang der Völkerwanderungszeit zeigten die wirksamen Bilder des bewußten Tatmenschen in allen Phasen des Heroismus wie der Entartung, der Selbstlosigkeit wie der Gier, der Seelenhaftigkeit wie der berechnenden Kühle – entsprechend ihren rassischen Gehalten von Reinrassigkeit über die Mischrassigkeit des gefährlichen Typs, wie ihn etwa Karl der Franke, „der Große" bisheriger Geschichtsforschung, darstellt, hin bis zur ausgesprochenen Niederrassigkeit. Die Größe der Eigentümlichkeit dieser Gestalten löste eine Fülle selbstbewußter Willenskraft. Der Terminus Renaissance, so sehr er vorbeitrifft, ist hierfür üblich. Einmaliger einziger Schöpferkraft folgen unendliche einzige Impulse. Auf allen Gebieten menschlicher Wirksamkeit geschieht die Gestaltwerdung des Eigens eines Menschen. Im Wort, im Bild, im Stein, im Staat prägt der große Mensch sein Ich in Form, Dauer, Ueberzeitlichkeit. Chamberlain[87]) sah in dieser Renaissance ein Anlegen von Fesseln an die Wahrhaftigkeit der eigenen Natur. Das war die notwendige Begleiterscheinung einer reifenden Bewußtheit, die den Geistesträger Mensch aus dem Vorbilde der vorangegangenen italienischen Renaissance begriff. Die geistige Setzung des Subjektiven trägt in sich als Korrelat die Entgegensetzung des Objektiven, und derart, mit den Worten von Jakob Burckhardt[88]), „erwacht eine objektive Betrachtung und Behandlung des Staates und der sämtlichen Dinge der Welt überhaupt". So sehen wir den inneren Zusammenhang zwischen fortschreitender Vereinzelung und der Vergegenständlichung aller Lebensbindung. Letztere war im Recht bereits zu der inhaltlichen Erfüllung der Gewere durch das Geld gesunken. Die Vereinzelung fand ihre formell strenge Prägung erst mit dem Einrücken des römischen Rechtes, und darin liegt dessen Bedeutung.

Die Frage nach dem Wesen der Rezeption ist dadurch beantwortet. Wir sahen, ihre gehaltmäßigen Voraussetzungen waren gegeben. Die Men=

schen entsprachen dem Bilde, das die italienische Doktrin dem Ganzen ihrer Rechtslehre zugrunde legte. Der Mensch italienischer Rechtsdoktrin existierte in Deutschland seit dem 10. Jahrhundert bereits in derartiger Allgemeinheit, daß rechtsgeschichtlich seit dieser Zeit die sogenannte theoretische Rezeption angesetzt wird. Man bezeichnet damit das Aufkommen der Ueberzeugung, daß die fremden Rechtsquellen für Deutschland Anwendbarkeit besäßen. Arnold[89]) setzt mit dem 10. Jahrhundert den Zeitpunkt an, mit dem die Stadt ihre Sonderung gegenüber dem sie umgebenden Land begann, ihre Eigenständigkeit und hieraus die Eigentümlichkeit und Mächtigkeit neuer Ordnungsvoraussetzungen anzusetzen sind. Das Städtewesen ist wesentliches Gestaltungsmoment.[90]) Und auch der Anteil der Kirche an diesem Ablauf - ecclesia vivit lege romana - ist nicht hoch genug einzuschätzen.[91]) So sehr die Gewere ihr Wesen zur gegenständlichen Allgemeinheit hin gewandelt hatte, sie stand vor der Rezeption noch immer in der wenigstens formellen Einheit eines Verfahrens, das in Anlage und Ablauf durchaus ordnungsbestimmt war. Hier liegt die praktische Bedeutung der Rezeption. Sie setzte an dessen Stelle ein Verfahren, das durch und durch individuumsbezogen war, in dem der Begriff Gewere sich plump, unbeholfen, schließlich unanwendbar ausmachen mußte; denn Ordnungsdenken und Berechtigungsdenken sind nicht auf einen Nenner zu bringen. Ordnungs- und Berechtigungsdenken sind wesensverschieden. Das ist der wirkliche Grund des Verschwindens der Gewere.[92]) So kam es, daß der Weg zur Herrschaft römischer Doktrin über den Gerichtsgebrauch ging. Der verfahrensmäßige Ansatz der Gewere, die ins Formelle geflüchtete Ordnungsbeziehung ursprünglichen Geweregehaltes, vertrug sich nicht mehr mit dem Denken, das mit den neuen Doktoren erfolgreich an die letzte Domäne, die herkömmliche Verfahrensgestaltung, ging. So sehr der Rechtsgang seit Karl dem Franken bereits in Widerspruch zum Rechtsgang des alten Ding war, dieser Bruch war noch so stark, daß die Gewere sich nicht einmal der sonst üblichen Umdeutung unterwarf und, trotz ihrer vollen inhaltlichen Umwandlung, dem Verlust allen ursprünglichen Ordnungsgehaltes, konnte sie hinsichtlich des gebliebenen formellen Restbestandes nicht einmal durch die Rechtsgeschichtswissenschaft des 19. Jahrhunderts in befriedigenden Einklang mit deren Rechtssicht gebracht werden, wie wir bereits sahen. Der Kern der Rezeption liegt also darin, daß sie in Menschen, die bereits ohne Ordnungsbeziehung dachten, ein Verfahren setzte, das ihnen entsprach, und damit die Fesseln, die Gewöhnung, Herkommen noch anlegten, löste - für ein Zeitgefühl sprach sie das Wort. Denn das römische Recht war durch und durch, auch im Verfahren, einzelbezogen. Vor allem deshalb, weil es früh städtisch bestimmt ist. In merklicher Unterscheidung von üblicher Darstellung hat Rudolph Sohm dieses Wesen des römischen Rechtes getroffen:

„Von vornherein steht im Mittelpunkt der römischen Geschichte, auch der römischen Rechtsgeschichte, die urbs, die Stadt. In der Stadt wird der Handel geboren. Der Handel verlangt die Freiheit des Eigentums. In der Stadt entsteht die geschlossen beieinander wohnende Menge, und die Menge zerreibt den Zusammenhang der Sippe, um die Einzelpersönlichkeit hervorzubringen: an die Stelle der Geschlechtergemeinde tritt die Gemeinde der Ortsangehörigen. Das deutsche Recht ist noch durch das ganze Mittelalter an erster Stelle Landrecht gewesen. Das römische Recht unterscheidet sich dadurch, daß es als Stadtrecht in die Geschichte tritt. Das deutsche Recht hat noch fast durch das ganze Mittelalter seine entscheidenden Antriebe vom Bauern und Adligen empfangen. Das römische Recht war von vornherein darauf angelegt, städtisches, bürgerliches Recht zu sein.

Die Geschichte des römischen bürgerlichen Rechts hat sich in zwei Entwicklungsstufen vollzogen.

Die erste Stufe ist die Zeit des Ackerbürgertums. Der Bürger der patrizisch-plebejischen Gemeinde trägt noch die Scholle von draußen an seinen Füßen; erdgeborene Kraft ist in ihm lebendig . . .

An die Stelle des Ackerbürgertums trat der Weltbürger, aus dem ackerbürgerlichen mußte weltbürgerliches Recht hervorgehen . . . Aus Privatrecht nationalbestimmter und nationalbegrenzter Art verwandelte sich das römische Zivilrecht in ein Privatrecht für den Bürger des orbis terrarum, in ein Recht für die abstrakte Privatperson, für die Privatperson als solche, für die unsterbliche Privatperson, und zugleich das römische Verkehrsrecht für den Verkehr als solchen, für den Verkehr dieser wie jeder anderen Zeit . . .

Dort (zur Zeit des Stadtrechts) überwiegt das strenge, formale, national-römische (lateinische) Recht (ius civile alter Art), hier (zur Zeit des Weltrechts) ein billiges, formfreies, aus dem Weltverkehr (ius gentium) und der Wechselwirkung römischen und hellenischen Wesens hervorgegangenes Recht (das ius civile der Zukunft)." [93])

Kann in eindringlicherer und lebendigerer Sprache die innere Abhängigkeit des Rechts vom Ordnungswandel dargestellt werden? Das römische Recht zeigt einen gleichen Ablauf wie das deutsche Recht. In der Rezeption trafen sich eine Zeit, die innerlich den ursprünglichen echten Ordnungsbezug längst aufgegeben hatte und ein Rechtssystem, das auch formell dieser Prägung war.[94]) An drittem Ort, auf den großen Universitäten der Rezeption, trafen sich die Männer, die das neue Rechtsbild schufen.

§ 20.

Hier befindet sich der Schwerpunkt der Forschungen von V. Puntschart, deren Ergebnisse in besonderer Beziehung auf die Fragen der Gefahrnormierung bei Austauschobligationen in seinem 1885 erschienenen und seither im grundsätzlichen unwiderlegten Werk „Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts" zusammengefaßt sind. Ihr Kern ist mit seinen Worten in folgendem:

„Die nachrömische und heutige Rechtslehre ist eine zu einseitige Lehre der subjektiven Rechte. Sie läßt in der Theorie der Rechtsgeschäfte die subjektiven Rechte unmittelbar aus dem von ihr konstruierten Negotium entstehen und kennt

keine anderen Rechtsverhältnisse als die durch die subjektiven Rechte begründeten. Im Gegensatz dazu nehmen die römischen Juristen bei ihren Operationen den Ausgang weder von ihrem Negotium, noch von den erwähnten subjektivrechtlichen Rechtsverhältnissen, sondern von Grundelementen, in welchen nicht bloß die von unserer neueren Rechtsliteratur postulierte Fähigkeit sukzessiver Entstehung und nachfolgender innerer Aenderungen sich wirklich vorfindet und alle rechtliche Wirksamkeit – auch die vor Entstehung der beabsichtigten subjektiven Rechte vorhandene – gegründet ist, sondern aus welchen auch alle beabsichtigten und nicht beabsichtigten subjektiven Rechte unmittelbar hervorgehen."

„Was nach unserer Vorstellung sich als eine rechtliche, gesetzliche „Beziehung" bestimmter Personen zueinander, bestimmter Personen zu bestimmten Sachen, mit anderen Worten, als ein solches rechtliches, gesetzliches „Verhältnis" darstellt, das erscheint in der Vorstellungsweise der römischen Juristen als jene rechtliche Zusammenziehung (contractus = contractio), Anbindung (obligatio = adligatio, ob = ad, Festus), Verbindung (nexus = nexio. conjunctio), im allgemeinen aber als jenes rechtliche, gesetzliche Band (iuris vinculum), worin alle rechtliche Gebundenheit bestimmter Personen und Sachen gegründet ist.

An die Stelle der vielen verschiedenen Ausdrücke lassen sich also mit den Mitteln der heutigen Rechtssprache auch wenige setzen, wenn im Gegensatz zu den subjektivrechtlichen Rechtsverhältnissen diese Grundelemente als die konkreten, objektivrechtlichen Rechtsverhältnisse bezeichnet werden und dabei auch die Unterscheidung der dinglichen, obligatorischen, familien- und erbrechtlichen gemacht wird.

Weil die Objekte der subjektiven Rechte sich als die Güter darstellen, so inhärieren ihren Bezeichnungen auch wirtschaftliche Bedeutungen. Zu diesen aus ihnen entspringenden subjektiven Rechten verhalten sich nun die konkreten, objektivrechtlichen Rechtsverhältnisse wie die streng juristischen Begriffe zu den wirtschaftlichen, oder wie die Grundbedeutungen der Worte zu den Folgebedeutungen; und wenn man den Gegensatz des objektiven und subjektiven Rechtes in Anwendung bringt, so sind jene die objektiven, diese die subjektiven Bedeutungen der Worte.

Verhalten sich aber die konkreten, objektivrechtlichen Rechtsverhältnisse zu den aus ihnen entstandenen subjektiven Rechten wie die Grundbegriffe zu den Folgebegriffen, so ist unser System der subjektiven Rechte aus lauter Folgebegriffen aufgebaut und entbehrt also der Grundlagen, auf welchen der Bau der römischen Juristen ruht.

Weil diese konkreten, objektivrechtlichen Rechtsverhältnisse den Operationen der römischen Juristen in allen Gebieten des materiellen Rechts zugrunde liegen, so stellen sie sich als die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts dar . . ."

Diese Anbindung, Verbindung, dieses rechtliche, gesetzliche Band, worin alle rechtliche Gebundenheit bestimmter Personen und Sachen gegründet ist, bedeutet nichts anderes als das, was ich die Ordnungsbeziehung nenne. Sie bildet die konkreten, objektivrechtlichen Rechtsverhältnisse im Sinne von Puntschart.

Nehmen wir die beiden Begriffe proprietas und dominium. Für Puntschart ist proprietas der Grundbegriff, dominium der Folgebegriff, dominus die alttechnische Bezeichnung des Rechtssubjektes, dominium die der Rechtszuständigkeit. Ihre Zugehörigkeit zum Grundbegriff er-

gibt sich in der Verbindung dominus proprietatis, die ihre Parallelen in dominus ususfructus, dominus contractus, dominus hereditatis besitzt. Dominium muß sich also als Funktion immer auf solchen Grundbegriff gründen. Gerade für proprietas zeigt Puntschart in gründlicher Forschung, daß sie „die Bestimmung einer bestimmten Sache für eine bestimmte Person, die Verbindung einer bestimmten Sache mit einer bestimmten Person zum Ausdruck" bringt.

Puntschart hat seine Forschungen in einem zweiten 1895 erschienenen Werk „Die moderne Theorie des Privatrechts und ihre grundbegrifflichen Mängel" in zusammenfassender Ueberarbeitung dargestellt. Er gelangt hier zu einer genaueren Fassung der „Grundelemente", der „konkreten, objektivrechtlichen Rechtsverhältnisse" als Rechtsverbände.

„. . . In scharfem Gegensatz dazu nehmen die römischen Juristen bei ihren Operationen ihren Ausgang überall nur vom angewandten objektiven Recht. Nach ihrer Grundanschauung werden durch die Anwendung der Rechtsnorm auf bestimmte Personen, auf bestimmte Sachen, die Personen miteinander, die Personen mit Sachen zu bestimmten Zwecken rechtlich verbunden. Aus solcher Rechtsanwendung entstehen . . . die Rechtsverbände . . ." [95])

Der grundlegende Ordnungsstand als Zweckverband entspricht vollkommen unserer Anschauung eines städtisch bestimmten Rechtes.

In seinen weitergehenden Folgerungen sagt uns Puntschart nichts Wesentliches mehr. Sein Verdienst ist der Nachweis, wie entwirklicht die nachrömische Rechtslehre ist; wir können jetzt verstehen, weshalb proprietas als wandelunterworfener Gehaltbegriff allmählich gegenüber dem Formalbegriff dominium an Bedeutung verlieren mußte. Denn rechtlich gefaßte Ordnungsbeziehung bedarf des lebendigen Bodens wirkender Ordnung - schwinden deren Gehalte, so schwindet die ein ganzes Recht ausrichtende Kraft eines derartigen Begriffes. Das war zur Zeit der italienischen Rechtsschulen der Fall. Diese Männer lebten nicht mehr in den Wirklichkeiten römischer Ordnung. Sie gestalteten auf dem bloßen Bewußtseinsniederschlag römischer Vergangenheit, der Fülle schriftlicher Quellen, ohne selbst in solcher Ordnungswirklichkeit, wie sie Rom einst bot, verankert zu sein oder auch deren Geschichte erfassen zu können. Und weiter - sie lehrten Männer, denen solche Ordnung auch nicht mehr Bestimmung, Schicksal war, ebensowenig wie etwa anderer Ordnungsgehalt, Männer, die mit offenen Augen in die Weite der Welt traten, in der sie sich mit der Schärfe und Wachsamkeit ihres Bewußtseins zurechtfinden lernten. So kam in das bäuerliche Deutschland ein Menschentyp als Richter, dessen Entscheidungen dem noch stark ganzheitlichen Lebensgrunde Zwang anlegen mußten; denn Gerecht-Sein hätte doch bedeutet, ihm zu entsprechen. Er entsprach verstädtertem Leben und trug dazu bei, dessen bereits vorhandenen Gestaltungsvorsprung im deutschen Bereich zu erhöhen. Eine Rechtsgestaltung nimmt ihren Anfang, die den strengen

Ordnungsbezug auch formell nicht mehr in sich trägt. Es ist die Lehre der subjektiven Rechte. In der Sparte Sachenrecht entspricht ihr das dominium. Der verfahrensumgestaltende Eingriff, der für das römische Recht bereits in der Justinianischen Gesetzgebung[96]) zu bemerken ist, ist im deutschen Recht ebenfalls erfolgreich.

§ 21.

Die Lage zur Zeit der Rezeption stellt sich also ihrem Wesen nach folgendermaßen dar: von dem lebendigen, gestaltenreichen Ordnungsgebilde der mittelalterlichen Zeit war deren Formenreichtum geblieben; er war gegenüber dem Wandel des Ordnungsgehaltes „zurückgeblieben". Es war das äußere, formelle Bild, das ein anders gegründeter Geist gesetzt hatte und das im ganzen der Wirklichkeit nicht mehr entsprach. Es ist die immer wiederkehrende Erscheinung, daß die Form, das Gesetzte, Gesetz, Regel, Einrichtung, in überzeitlichem Beharren dauert, während das Leben darunter weiterläuft. Der Widerspruch wird am Konflikte „greifbar", denn nicht früher vermag der Geist die Dringlichkeit anderer Setzung und deren Gestalt zu erkennen. Die Rezeptionszeit schuf die der neuen und anderen Wirklichkeit entsprechenden Formen, und in dem Maße, in dem die entwickelten Formen römischen Verfallsrechts den Wirklichkeiten deutschen Ordnungszerfalls entsprachen, geschah ihre Uebernahme. Wir haben hiernach eine Unterscheidung vorzunehmen: die Schöpfung von Rechtsbegriffen in gewisser Selbständigkeit und die einfache Uebernahme fremder Begriffe. Diese Scheidung ist wie jede gesetzte Differenzierung nicht in absoluter Strenge anzulegen - eine Anzahl von Zwischenformen legt sich verbindend in sie.

Zu den Begriffen, die in gewisser Selbständigkeit geschaffen wurden und die nur aus deutsch-geschichtlichen Voraussetzungen zu deuten sind, gehört der Rechtsbegriff E i g e n t u m, der seit dem 14. Jahrhundert auftaucht. Zum Verständnis seiner Herkunft habe ich vorerst auf einen anderen Begriff einzugehen, den Begriff E i g e n.

Wir wollen uns der durch P u n t s c h a r t aufgehellten Unterscheidung von proprietas und dominium erinnern. Dominium stellte die proprietas in ihrer wirtschaftlichen Wirksamkeit dar, es zeigte diese Wirksamkeit geknüpft an den Handelnden, den Herrn. Es verhält sich mit dem Unterschied zwischen Gewere und Eigen ähnlich. Gewere ist der grundlegende Rechtsbegriff, der die Einzellage im ganzen von der Ordnung her begrifflich umfaßt und schlechthin Ordnungsstand angibt. Eigen bezieht sich auf den gegenständlichen Bereich als auf eine Einzellage, nicht als Gesamt-Ordnungslage; es will das Einmünden im Einzelnen, die Gerichtetheit auf den Mann, ausdrücken. Zum Ausdruck dieser Beziehung bedurfte es keines in sich ruhenden Wortes, keines substantivischen Ausdrucks, und es ist weder Zufall noch Unfähigkeit, daß sich die altdeutsche Sprache anfäng-

lich der Partizipien aigands, eikanti, eigandi oder habands, hapênti bedient, wie Jakob Grimm[97]) bemerkt. Sprachlich ist Eigen aus Ich hergeleitet.[98]) Da aber die Rechtslage nicht den Einzelbezug allein, bestimmend, voll ausrichtend enthält, sondern den Bezug vom Ordnungsganzen her, ist nicht Eigen, sondern Gewere der Rechtsbegriff „Eigentum". Ein Begriff Eigen vermag sich als Rechtsgrundbegriff gegenüber Ordnungsstörung nicht zu bilden. Erst der Ordnungswandel, der den Ausgang der Rechtsfrage von Ordnungsstörung in Einzelstörung verlegt, ist der Bildung eines derartigen Rechtsbegriffes fähig. So findet Eigen die Parallele im dominium des römischen Rechtes, nur mit dem Unterschied, daß das dominium sich bereits auf einer weiteren Stufe der Bindungsgelöstheit befindet und „Herrschaft" in unpersönlichster Allgemeinheit ausdrückt, - während Eigen noch an eine wirkliche Gestalt des Mannes gebunden ist, die in blassem Abbild an die frühere Ordnungsgestalt des Mannes erinnert. Und je blasser dieses Bild wird, desto mehr schreitet Eigen zum Rechtsbegriff Eigentum vor. Doch auf dem Wege vom Rechtsbegriff Gewere zum Rechtsbegriff Eigentum liegen Zwischenlösungen.

Der Uebergang beginnt damit, daß in der vorhandenen Formenfülle der Ordnungsbezug in seiner alten Strenge aufgelöst wird und Einzelbezug an seine Stelle tritt. Es bleibt der Gestaltungsreichtum alter Ordnung, und doch ist es nicht derselbe. Was früher Ordnungswesentlichkeit verlieh und sie ausdrückte, erfährt seine Umdeutung in die Nüchternheit von Berechtigung. So geschieht die Entleerung der Ordnung von ihren Gehalten. Der Ordnungsstand wird aus einem ordnungstragenden Lebenskreise zu einer Position von Macht oder Ohnmacht. Der grundlegende Ansatz ist gänzlich geändert. Mit dem Schwinden des Ritters als ordnungstragenden Faktors nimmt mehr und mehr das Rittergut den Charakter einer auf sich selbst gestellten und auf einen Berechtigten bezogenen Einheit an. Seine rechtlichen Eigentümlichkeiten fließen nicht mehr aus der Eigenheit seines Trägers, dessen Ordnungswesentlichkeit, sondern aus der Allgemeinheit der in ihm verkörperten Berechtigungsmacht. Die Umdeutung ist total: mit dem Eigentume „als solchem" verknüpft, als sein „Zubehör"[99]) erscheinen die alten Gerechtsame. Mit dem Verschwinden des Ordnungsdienstes des Ritters, des Ritterdienstes, wird die Gerichtsbarkeit zur Gerichtsherrschaft, Gerichtsherrlichkeit, ebenso wie alle anderen patrimonialen Verhältnisse in Machtlagen umschlagen. Rechtsfrage war einfach gleich Machtfrage.[100]) Je mehr die Ordnungsgestalt des Ritters verblaßt, entsteht immer sicherer der Begriff des Rittergutes als Eigentum gesteigerten Berechtigungsgehaltes, gleicherweise wie mit dem Schwinden des freien, d. h. ordnungsteilhabenden Bauern der Begriff des Bauerngutes als Eigentum geminderten Berechtigungsgehaltes entsteht. Das ist der Weg vom Menschen zur Sache. Die Ordnungsbeziehung, wie sie in der Hörigkeit enthalten war, wird zur Herrschafts-

beziehung, wie sie Leibeigenschaft allein erfüllt, ein Unterschied, auf den ein alter Pionier der deutschen Sache, Justus Möser, bereits nachdrücklich hinweist.

§ 22.

Rechtstechnisch ist der Wandel bereits mit dem Augenblick vollzogen, in dem durch den Gerichtsgebrauch an die Stelle der Gewere das dominium tritt. Die Gleichsetzung beider führte dazu, die Ordnungsschichtung der Gewere als Teilungsstand zwischen mehreren „Berechtigten" aufzufassen. Das mußte sich ergeben, denn der Blick war nicht auf die Ordnung im ganzen, sondern auf den Gegenstand im Gesichtswinkel seiner Beherrschung gerichtet. Wir müssen uns hierbei in die für jene Rechtstheorie maßgeblichen Möglichkeiten von „Denkbarkeit" hineinversetzen: wer von der Ordnung her sieht, vermag Ordnungsstand in immer weiter werdenden, einander umschließenden Kreisen zu begreifen, und jeder dieser Kreise, jede Gewere ist voller und ganzer Ordnungsstand - wer das Maß der Beherrschung anlegt, der kann nicht mehrfache ganze Beherrschung an einem Gegenstande denken. So ließ sich bei einem Gegenstande das Vorkommen einer mehrfachen Gewere nur unter dem Gesichtspunkte der Teilung unter die hierauf Bezogenen begreifen.[101]) Deshalb war der in der römischen actio directa und utilis gelegene Unterschied recht angenehm und er wurde, so schief und ungenau, so unwissenschaftlich es eigentlich selbst nach den Wissenschaftsvorstellungen jener Zeit sein mußte, aufs dominium übertragen. Thibaut hat die Bemühungen späterer Rechtswissenschaft um die Erklärung dieses Begriffspaares durch die unumgehbare Feststellung in etwas peinlicher Weise abgeschlossen, daß die Einteilung in dominium directum und utile im römischen Recht nicht vorkommt. „Die Einteilung selbst . . . ist eine Erfindung der Glossatoren." [102]) Durch den entschiedenen Gerichtsgebrauch der Wissenschaftler des angeblich römischen Rechts wurde die Erfindung in Deutschland bald seßhaft. Sie findet ihre Begleiterscheinung im sogenannten Gesamteigentum, das (im Verhältnis zu „Einzeleigentum") aus demselben Gesichtspunkt zu verstehen ist, aus dem es zum geteilten Eigentum kam und das dessen notwendige Ergänzung bildet.

Bis in die Gegenwart sind es wenige, die erkannt haben, welche Bedeutung der Uebergang von mehrfacher Gewere zum geteilten Eigentum besitzt - daß sich in ihm die Umdeutung ordnungsbestimmter Gestaltung in Einzeldenken, in individuell bestimmte Gestaltung vollzieht, daß hier der Angriff des römischen Eigentumsbegriffes auf den germanischen Eigentumsbegriff im Siege endet. Beide unterschieden sich dadurch, daß im ersten ein städtisch bestimmter Mensch seine Lage einzel-herrschaftlich erfaßt, während im germanischen Recht die Einzellage völlig ordnungsgetragen ist. Der Gesichtspunkt der Teilung ist spätrömisches Denken, er ist nur auf der

Voraussetzung des Herrschaftsbezuges, auf der Voraussetzung des Berechtigungsdenkens möglich, und wer ihn an germanisches Recht anlegt, zeigt seine Befangenheit in herrschender Doktrin. So ist es abzulehnen, wenn Walther Merk „im Gegensatz zur begrifflichen Unbeschränktheit und Unteilbarkeit des römischen Eigentums" aussagt, das germanische Eigentum sei „spaltbar". Hier begreift Berechtigungsdenken die Beziehungsfülle, die das germanische Ordnungseigen in der rechtsbegrifflichen Aufzeigung durch die Gewere in sich trägt. Ordnungseigen ist Einheit, unteilbar, unveräußerlich - wer vermöchte, ein unumgehbares Beispiel, annehmen, daß der Erbhof „gespaltenes" Eigentum sei! Der Irrtum Merks liegt tief in der Eigenart bürgerlichen Rechtsdenkens begründet, worüber noch eingehende Auseinandersetzung erfolgt. Seine 1934 erschienene Schrift „Das Eigentum im Wandel der Zeiten" ist nicht anders zu sehen, als daß hier in letzter Minute die herrschende Rechtsdoktrin ihre Meinung über den Gegenstand „Eigentum" gesammelt vorlegt. Diese kann sich im Verstehen germanischen Rechtes nur soweit durchringen, daß germanisches Eigentum „nicht einseitige, schranken- und pflichtlose, sondern pflichtgebundene und pflichtbegrenzte Herrschaft" ist, „mit weitgehenden Pflichten gegen Familie, Nachbarn und weitere Allgemeinheit durchsetzt". Es handelt sich aber gar nicht darum, daß Herrschaftslage pflicht durchsetzt ist, sondern die germanische Rechtsfrage trug im Gegensatz zu jeglichem Berechtigungsmotiv durch und durch Ordnungsgesichtspunkte. So allein ist eine Beziehung des Menschen zur „Sache" auch nicht als zugunsten von Allgemeinheit „beschränkt" oder als irgendwie „durchsetzt" aufzufassen - das ist die alte Sprache -, sondern als höchster Ordnungsgehalt begriffen, bezogen auf einen wirklichen Menschen, dem die Ordnung nicht „beschränkend". „durchsetzend" sich nähert, sondern der ordnungserfüllt, ordnungsstolz auf seinem Platze steht, dem die Ordnung existentialer Befund ist, nicht zusätzliche, beschränkende Unbequemlichkeit. Hier scheiden sich die Geister. So liegt der Unterschied spätrömischen und germanischen Eigentums in der Lebensbindung des Germanen an eine Ordnung begründet und, während das römische Eigentum nur ein unteilbares dem Begriffe nach, der Idee nach, war, ist das germanische Eigentum wirklich unteilbar aus der Einheit von Lebensordnung.[103]) Von den wenigen deutschen Männern, die in früher Erkenntnis sich kämpferisch für diesen Sachverhalt eingesetzt haben, verdient Friedrich Ludwig Bernhard stärkste Hervorhebung. In Schärfe und vernichtender Kritik greift er in seiner 1829 erschienenen Schrift[104]) die Tendenzen seiner Zeit an. Er vermag die wirkliche und nicht nur begriffliche Unteilbarkeit deutschen Eigentums zu erkennen, weil er um die Lebensbindungen des deutschen Menschen weiß.

„Weil das ganze Streben der gegenwärtigen Rechtsbildung in isolierter Reflektion des Einzelnen beruht, die sich durch jede nationale Ueberzeugung gebunden fühlt, strebt sie auch unbedingt nach der Auflösung der Bande, durch

welche der Wille einer höheren Vereinigung den Einzelnen bindet. Daher sucht man

a) den Einzelnen von allen Schranken frey zu machen, von welchen er als Glied eines größern Ganzen gebunden ist, nehmlich von den Hindernissen, welche ihm
    aa) sein Standpunkt als Mitglied der Familie zu Gunsten der letztern auflegt, und
    bb) von der Begrenzung seiner Willkühr, welche durch eine Verbindung von Einzelnen zu öffentlichen Korporationen gegeben ist, aber auch
b) in jeder Weise den Einzelnen von allem politischen Werthe zu entkleiden, außer dieser Freyheit, die Allen auf eine gleiche Weise zugemessen werden soll, aus der Besorgniß, es könne daraus eine Unterordnung und eine Erniedrigung der Mitbürger entstehen. Aus einem so eiteln, gegen das Wesen der germanischen Monarchie gerichteten Motiv hat man sich in eine sehr nachdrückliche und anhaltende Bemühung verloren, alle Stufen der germanischen Standesehre zu vernichten.

Germanische Standesehre ist ein Vorzug unter freyen Leuten. Diesen Vorzug hat man mit besonderm Haß verfolgt, da er mit Bedingungen außer der Persönlichkeit, mit Abstammung und Besitz verbunden war. Diesem zu Folge ruhte jene verwerfliche Bemühung nicht, bis alles zernichtet war, wovon die ächt deutschen Grundsäulen jener Standesehre erbaut waren. Da es aber eine Unterordnung der Menschen, eine Stufenfolge ihrer Bildung und Beschäftigung geben muß, so ist sie jetzt statt auf Blut und Besitz gegründet, bloß mit der Gewalt verbunden. Darum ist jetzt die Ehre allein Denjenigen zugefallen, welche Diener der öffentlichen Gewalt sind. Gewiß ist aber, daß man den Sinn und Willen der deutschen Völker nur wenig kennen darf, um einzusehen, daß sie mit Unwillen darin eine allgemeine Unfreyheit empfinden, und daß sie wieder Ehrenstufen unter dem Stande der Besitzer und Ernährer fordern, wodurch diesem Stande selbst seine politische Ehre wiederhergestellt wird."

Und in bezug auf das römische Recht:

„. . . welchem das Vermögen nichts als die todte und unfreye äußere Natur ist, welche ohne Zusammenhang mit der Bestimmung des Menschen bloß als Gegenstand seiner Zwecke innerhalb des rechtlichen Bereichs seiner Gewalt angesehen wird. Daher ist ihm auch die germanische Idee von Ehre völlig fremd und folglich auch der nothwendige Zusammenhang dieser mit dem Vermögen und zunächst mit demjenigen Vermögen, welches die eigentliche beharrende Kraft unserer Nation ausmacht, mit dem G r u n d v e r m ö g e n.

Der Geist des deutschen Rechts fordert aber einen solchen Zusammenhang, und daher, daß das Grundvermögen selbst eine Individualität habe und ein untheilbares sey, daß sich dessen Benutzung und Genuß nicht in ein bloßes vorübergehendes Forderungsrecht auflösen könnte, daß es vielmehr ständige Verhältnisse gäbe, welche auf der Sonderung eines mittelbaren Genusses der Grunderträgniß von dem unmittelbaren beruhen, insbesondere deutsche gutsherrliche Verhältnisse, und endlich, daß der Eigentümer nicht in der Weise über sein Grundvermögen verfügen könne, daß er es willkürlich einer fremden Persönlichkeit zuweist, sondern daß es für den Einzelnen unveräußerlich sey."

B e r n h a r d tritt für die Bestrebungen ein, die

„. . . mit der Zunahme der Bevölkerung auch die fernere Theilung und Zersplitterung des Grundeigentums in der Familie aufzuhalten trachteten. Es bildeten sich bey allen Gütern, sowohl bei den Territorien, als bey den adeligen Gütern und bei den Bauerngütern Successionsgrundsätze, vermöge deren die Güter ungetheilt jedesmal einem Einzigen heimfallen sollten." [105])

Der Mensch, wie ihn Bernhard sieht, ist ordnungsgebunden, ihm ist das Vermögen in dem notwendigen Zusammenhang, der am innigsten als Bindung an die Erde ist, die „beharrende Kraft" der Nation, die ungeteilt, unauflösbar in Geld zu erhalten ist. Die „isolierte Reflektion des Einzelnen" ist es, die diese gebundenen Einheiten zerstört. Ich nannte es Berechtigungsdenken. Es schuf das Herrschaftsmotiv als Rechtsausrichtung.

Nun werden wir verstehen, weshalb die Bildungen eines die Gewere ersetzenden Begriffs stärkste Anknüpfungsmöglichkeiten beim „Eigen" des alten deutschen Rechtes fanden. Was nun geschah, das war die rechtliche Zentrierung dieses Begriffes Eigen. Das erklärt uns außerdem, weshalb ganz zwangsläufig jede bisherige Eigentumsgeschichte ihre Ursprünge beim Eigen sucht und nicht bei der Gewere. Die Gewere ist Ordnung - das Eigen ist Ich. Aber, so starke Beziehung der Rechtsbegriff Eigentum zum Eigen des alten deutschen Rechts besitzt, er bedeutet eine Abkehr von dessen Ordnungszusammenhang; denn das Eigen ist rechtlich nur aus der Gewere zu verstehen. Im Rechtsbegriff Eigentum hat der Begriff Eigen seinen Ordnungsgehalt verloren. In diesem Gehaltwandel ist es begründet, daß er überhaupt der Wandlung zur Abstraktion Eigentum fähig wurde und daß dieses Eigentum eine immer stärkere innere Beziehung zum dominium des späteren römischen Rechtes eingehen konnte.

Nicht anders ist es zu sehen, wenn die Teilung des Eigentums in derartiger Lückenlosigkeit die Formeneinheit des alten Rechtes sprengt. In ihrem Prinzip war Berechtigungsdenken, der Weg zu dessen Herrschaft war durch sie geebnet. Nachdem die Zerlegung aller ursprünglichen Rechtserscheinungen die Zerstörung des alten Rechtsbildes bewirkt hatte, konnte das Berechtigungsdenken in Hemmungslosigkeit zum Neuaufbau eines durch und durch anders bestimmten Rechtssystems schreiten. Für den Erkennenden muß das Urteil der herrschenden rechtsgeschichtlichen Lehre über die Rechtserscheinung des geteilten Eigentums deren ganze Position in grellstem Lichte herausstellen. Für alle anderen zitiere ich Gierke:[106])

„Das geteilte Eigentum ist jedoch tatsächlich bis auf Trümmerstücke verschwunden. Es hat seine große geschichtliche Aufgabe, das in wenigen Händen zusammengeschlossene echte Eigentum an Grund und Boden wiederum aufzuteilen und allmählich in freies und volles Eigentum weiter Volkskreise überzuleiten, im wesentlichen erfüllt. Hatte in den Städten schon im Mittelalter die Aufzehrung des Obereigentums durch das Untereigentum begonnen, so ist in der Neuzeit auch auf dem Lande das meiste ritterliche und bäuerliche Untereigentum durch Auflösung oder Ablösung des Obereigentums in Volleigentum verwandelt worden."

So wenig aus der Lage liberaler „Ordnung" die geschichtliche Bedeutung der sogenannten Bauernbefreiungen zu verkennen ist, ein so

soziales Mitempfinden Gierke mit Recht sprechen läßt - welche grundsätzliche Verkennung der Ordnungsgehalte, welche Empfindungslosigkeit für den Wandel deutscher Ordnung, vom Ganzen der Geschichte gesehen, offenbart sich. Ueber das Endziel, das hier in so starkem Selbstbewußtsein „Volleigentum" genannt wird, wollen wir uns noch gründlich klar werden.

4. Abschnitt.

Der Weg zum Eigentumsbegriff des herrschenden Rechtssystems.

§ 23.

Das Schwinden des Menschen als Ordnungsgestalt aus dem Rechtsdenken, wie ich es an den Gestalten Ritter und Bauer gezeigt habe, ist in Breite das Sinken einer alten Ordnung. Doch in der Bewegungstendenz, die dieses Dahinsinken mit dem Mittel der Umdeutung alter Form, Zersetzung ursprünglichen Gehaltes stetig beschleunigt, ist der Keim eines neuen Ordnungsbildes wirksam. Es ist sichtbar in der Bildung des sog. dritten Standes, des Bürgers. Die Stadt hatte als Lebensgehalt ihre Sonderung gegenüber dem Land in Breite vollzogen. Der Mensch dieses Lebensgehaltes, ein Mensch überreifer Bewußtheit, vollzieht eine neue Ordnungsstruktur. An die Stelle der Einheit, wie sie als Vorgänger des werdenden Ordnungsbildes in ihrer ursprünglich nordischen Gestaltung wohl nur in der Kunst als Gotik vollendetes Bild fand, wie sie in romanischer Gestaltung durch die Universalidee der im Grunde auf gleicher Ebene befindlichen Erscheinungen Kaiser- und Papsttum getragen wurde, trat ein Ordnungsgehalt, der aus sondernder Betrachtung schuf.[107]) An die Stelle der Strebigkeit, Vollgerichtetheit der Gotik trat die Sonderung, die Entgegensetzung des Barock - an die Stelle der Ruhe die Bewegtheit.[108]) Aus der Ruhe der allumfassenden Kirche trat der Mensch in die Bewegtheit eines Weltgefühls, das, nachdem Luther, Zwingli, Calvin den Schleier der unproblematischen Einheit und Gegebenheit zerrissen hatten, seinen philosophischen Niederschlag in den Systemen des Idealismus und des Realismus fand, einer Entgegensetzung, wie sie die geistige Sonderung in Notwendigkeit schafft. Aber das Bewußtsein rückt auch die Werte der eigenen Sprache in den Vordergrund. Deutsche Sprache verdrängt das internationale Latein aus Politik und Gelehrsamkeit. Im Anfange ist der Sachsenspiegel, die Tat des großen Deutschen Eike von Repgow. Eine nationale Bewegung, die sich um so feiner gliedert, als die volks- und sogar stammesmäßigen Eigentümlichkeiten ins Bewußtsein rücken. Der Mensch erkennt seinen Schicksalsraum und schafft ihn zugleich „als gebildehafte Offenbarung seiner selbst"[109]). Die „Einheit des Abendlandes" ist auseinandergetrieben. Die Herrschaft dieses Menschentyps zeigt als Höchstformen beim Germanentum den Staat Friedrich Wilhelms I. -

Friedrichs des Großen, während das Romanentum nur bis zur Staatsform Ludwigs XIV. durchdringen konnte. Das deutsche Recht hat sich zu einer germanisch bestimmten Höhe auch im Staate Friedrichs nicht durchringen können. Unter der Belastung römisch-oberitalienischer Doktrin bildete es einen Denkzusammenhang begrifflich aus, der zum Romanentum stärkere Beziehungen besitzt. Die nach der Tat Repgows einsetzende Reaktion war zu organisiert und in ihren Mitteln zu entwickelt und überlegen.[110])

§ 24.

Dieser Typ des schaffenden Menschen gestaltet die neue Ordnung aus dem Gesichtspunkte der Wirkungsmöglichkeit. Wenn ich bereits den Gegensatz zur alten Ordnung im Gegensatz Ruhe / Bewegtheit zu fassen suchte, so entspricht dieser Seite der Betrachtung hier der allgemeine Befund, daß die Männer dieser Zeit den Schwerpunkt gewissermaßen aus sich selbst heraus verlegen: Dasein ersteht in der Weite des Wirkungskreises, einer gegenständlichen ebenso wie einer ideellen Welt, in deren Gestaltung die Persönlichkeit, deren Kraft, deren Verstand ebenso wie deren Beseeltheit, sich selbst darstellt. Die Persönlichkeit weitet ihr innerstes Sein zum unbelasteten praktischen Anpacken der Dinge umher. Kant drückt es aus: „Das Rechtlich-Meine (meum iuris) ist dasjenige, womit ich so verbunden bin, daß der Gebrauch, den ein anderer ohne meine Einwilligung von ihm machen möchte, mich lädieren würde." [111]) Gesetzgeberisch heißt dasselbe: „Alles, was jemandem zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen heißen sein Eigentum." Oesterr. Gesetzbuch § 353. Aber diese Individuation ist unmöglich ohne die reine Machtsetzung. Aus Macht leitet sich der Begriff der Begrenzung, der Grenze, her. Unter deren Notwendigkeit sagt Kant: „Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freyheit der Willkühr eines jeden mit jedermanns Freyheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann." [112]) Das Gesetz vermag diesen Satz nur in der Schroffheit der Machtstellung zu fassen: „Eigentümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache oder eines Rechtes, mit Ausschließung anderer, aus eigener Macht, durch sich selbst oder einen Dritten, zu verfügen." ALR. I 8 § 1. Schärfste Fassung in codex Maxim. Bav. civil. 2. Kap. 2. Buch § 1: „Das Eigenthum ist eine Macht und Gewalt, mit dem Seinigen nach eignem Belieben frey und ungehindert so weit zu disponiren, als Gesetz und Ordnung zulaßt." Diese Linie ist bis heute nicht abgerissen. Ich zitiere Rudolf Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, Halle 1911, S. 253: „Eigentum besagt . . . ein rechtliches Wollen, dem es wesentlich ist, das letzte Wort über ein Rechtsobjekt anzugeben." Das ist der „reine" Machtspruch.

§ 25.

Es mußte kommen, daß der solcher Individuation richtungsgemäß entsprechende Begriff des subjektiven Rechtes seine volle Ausprägung erfuhr. Und weiter – nachdem das fortschreitende Bewußtsein sich die Sonderung Subjekt/Objekt angeeignet hatte, war die Sonderung Personenrecht/Sachenrecht auch bereits vollzogen. Die nun auftretende auffällige Erscheinung, daß der Begriff Eigentum auf den Bereich des Sachenrechtes beschränkt wurde, ergab sich daraus, daß die neu erstandene Ordnungsauffassung im Personenrecht nichts „Eigenes" des Menschen mehr erfaßte – denn bis dahin reichte jene Ordnung überhaupt nicht. Das Ich hob sich selbstbewußt von ihr ab. Wohl aber reichte sie in die gegenständlichen Wirkungssphären des Einzelnen, in die „Sachenordnung", und dieser Konflikt zwischen Ordnung und Einzelnem auf diesem beschränkten Gebiet war es, aus dem der Begriff Eigentum entstand, der als Rechtsbegriff diesen Streit von vornherein zugunsten des Einzelnen wenigstens formell vorentscheidet. So erklärt sich erstens der eigentlich eigenartige Tatbestand, daß ein Rechtsbegriff Eigentum in einem Rechte, in einer Ordnung, die an das Innere, Eigene des Einzelnen gar nicht reichte, überhaupt möglich war, und zweitens die auffallende Entwicklung, daß Eigentum, in den ersten es bezeugenden Quellen keineswegs sachenrechtlich begrenzt, nun plötzlich rein sachbezogen auftritt und sich in dieser ausschließlichen Position festigt. Die Sachenbegrenzung hat also ihren allgemeinen Grund darin, daß der Mensch seinen Ordnungsbezug rein in den Bereichen seiner Wirksamkeit sah, und sie hat ihre besondere Prägung darin gefunden, daß diese „öffentliche" Wirksamkeit sich mehr und mehr in der geldbestimmten Allgemeinheit wirtschaftlich-gegenständlicher Wirksamkeit ausdrückte und sich in ihr erschöpfte, eine Entwicklung, wie wir sie bereits beim Wandel des Begriffes Nutzung sahen. So decken sich allmählich der Rechtsbegriff Eigentum und der Wirtschaftsbegriff Vermögen. So ist ALR. I 8 § 2 zu verstehen: „Alles, was einen ausschließlichen Nutzen gewähren kann, ist ein Gegenstand des Eigentums." Die französiische Revolution führt diesen Ablauf zur letzten Schärfe. Sie ist „in wirtschaftspolitischer Hinsicht die Entfesselung des Einzelwesens".[113])

In der Beschränkung des Ordnungsbezuges auf eine Seite des Einzelnen, seine wirtschaftliche Wirksamkeit, liegt die Allgemeintendenz, die Wirklichkeit des ganzen Wirkenden, des ganzen Menschen, überhaupt zurücktreten zu lassen. Seine Erscheinung in allen wirklichen Eigentümlichkeiten verschwindet aus dem Rechte, lediglich die Wirksamkeit, die Funktion, „als solche", „an sich", findet Ausdruck, und es hat nur noch theoretische Bedeutung, wenn Pütter Eigentum als „Inbegriff aller Rechte eines Menschen" faßt und darin auch die „Staatsrechte des Bürgers und Untertanen" begreift.[114]) Die Praxis war bereits weiter. Im sachenrechtlichen Bereich erschöpft sich ihr „Eigen"tümer, und dort erschien er,

da es sich ja nicht um ihn als Ganzen handelte, sondern nur um eine seiner Beziehungen, als „derjenige, welcher" oder „jemand", wie unsere angegebenen Stellen bereits zeigten. Das ist nicht, wie man es hört, allein „Höhe der Abstraktion". Es liegt ganz besondere Anschauung zugrunde! Hier ist es wie überall im täglichen Leben, und man sollte sich einmal abgewöhnen, die Wissenschaftlichkeit proportional der Entfernung vom Täglichen anzuerkennen: es ist ein Vorzug meines Könnens, die Birke von der Eiche zu unterscheiden und meine Auffassung von deren Eigenheiten dieser Unterscheidung unterordnen zu können und nicht nur einer Allgemeinheit „Baum". Wird auf diese Differenzierungsfähigkeit bewußt verzichtet, so ist das tiefer gegründet – so liegt dem eine bestimmte Anschauung der Bedeutsamkeit dieser Eigenheiten zugrunde. Und die Anschauung, die hier zugrunde liegt, ist die von den Grenzen der Wirksamkeit der Ordnung oder, mit Wilhelm von Humbold, des Staates. Die Ordnung reicht nur bis an die Allgemeinheit Mensch, wie sie in „jemand" ausgedrückt ist. Alle Handlungen interessieren nur in bezug auf solch allgemeinen Menschen. Es ist die Forderung nach der „staatsfreien Sphäre des Individuums".[115]) Die Ordnung ist nicht mehr Ganzheitsbefund des Einzelnen, nicht mehr organische Einheit, sondern Organisation mehrerer Seiten solch allgemeinen Menschentums. Es bleibt eine begrenzte Reihe von Staatsaufgaben, mit Humbold[116]): „Sorgfalt des Staates für das positive, insbesondere physische Wohl der Bürger", „Sorgfalt des Staates für das negative Wohl der Bürger, für ihre Sicherheit". Der Begriff Staat erschöpft sich in Verwaltung von Angelegenheiten; denn Menschen wären nur durch Führung zu erfassen, und Führung ergreift nie einen abstrakten, allgemeinen Menschen, sondern einen wirklichen, und diesen nicht nach einigen Seiten, sondern im ganzen. Es ist der Liberalismus, den Ordnung nur stören kann, sein Wollen, Handeln, seine Wissenschaft. Gerade in Wissenschaftsvorstellungen unserer Zeit hat dieser Typ sich am klarsten selbst entworfen. Ist es etwa ein Wissenschaftler anderer Art, der in einer Schulungswoche der vor-nationalsozialistischen Deutschen Studentenschaft lehrt, „daß nur ein liberaler Staat, ein mindestens mit erheblichen liberalen Prinzipien durchsetzter Staat den Schutz der Wissenschaft in seine Verfassung aufnehmen und in ihr bewahren wird. Jeder Staat z. B., der auf einer schlechthin autoritativen politischen Grunddogmatik ruht, welcher Färbung sie auch sei, wird der Freiheit der Wissenschaft faktisch, vielleicht auch juristisch, Schranken setzen."[117]) Und wenn derselbe Wissenschaftler an anderer Stelle[118]) anerkennt, daß „der theoretische Mensch nur eine Konstruktion" bedeutet und es ihn „in der wirklichen Welt nie geben" wird, so ist dieses Zugeständnis doch immer in dem Zusammenhang: „wohl aber hat er seine innere Folgerichtigkeit, der sich ein lebendiges Wesen annähern kann, wenn nämlich in ihm die erkenntnismäßige[119]) Einstellung

mit entschiedener Einseitigkeit vorherrscht". Das ist die Vorherrschaft der „wahren Vernunft", über die Humbold sagt, daß sie „dem Menschen keinen anderen Zustand als einen solchen wünschen kann, in welchem nicht nur jeder einzelne der ungebundensten Freiheit genießt, sich aus sich selbst, in seiner Eigentümlichkeit zu entwickeln, sondern in welchem auch die physische Natur keine andere Gestalt von Menschenhänden empfängt, als sie jeder einzelne, nach dem Maße seines Bedürfnisses und seiner Neigung, nur beschränkt durch die Grenzen seiner Kraft und seines Rechts, selbst und willkürlich gibt".[120]) Diese ungebundenste Freiheit ist gesprochen im Gegensatze zu Ordnungsgebundenheit des ganzen Menschen; in den Blick, der von der Ordnung her gerichtet ist, tritt der ganze Mensch nicht mehr ein. Der Mensch dieser Ordnung ist kein wirklicher.

§ 26.

In diesem Stande der Untersuchung ist auf die Forschungen eines nordischen Gelehrten einzugehen, die allergrößte Tragweite besitzen und bisher in keiner Weise die ihnen gebührende Würdigung erfahren haben. Es handelt sich um Anders Vilhelm Lundstedt, gegenwärtig Professor des Zivilrechts an der Universität Uppsala.

Wir wollen uns der Ergebnisse von Puntschart erinnern: „Die nachrömische und heutige Rechtslehre ist eine zu einseitige Lehre der subjektiven Rechte. Sie läßt in der Theorie der Rechtsgeschäfte die subjektiven Rechte unmittelbar aus dem von ihr konstruierten Negotium entstehen und kennt keine anderen als die durch die subjektiven Rechte begründeten. Im Gegensatz dazu nehmen die römischen Juristen bei ihren Operationen den Ausgang weder von ihrem Negotium, noch von den erwähnten subjektivrechtlichen Rechtsverhältnissen, sondern von Grundelementen ..."[121]) Hierin ist die theoretische Konstruktion, die geisturspüngliche Setzung, die Fiktion ausgedrückt, auf die sich das Rechtsbild späterer Zeit, in Deutschland seit der Rezeption, gründet. Lundstedt weist in seinem 1932 erschienenen Werk „Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft" nach, daß der Begriff des subjektiven Rechtes in Lösung von der Wirklichkeit eine in sich selbst gegründete Existenz, eine Existenz „an sich", führt - daß es aus ihm nicht ausfindig zu machen ist, in welcher Realität die Berechtigungsmacht nun eigentlich gegründet ist, und daß sich deshalb die rechtswissenschaftliche Lehre noch keineswegs von naturrechtlicher Anschauung freigemacht hat, deren Wesen darin zu erblicken ist, „daß man gewisse Quellen als Grundlage der Rechtsinstitute annimmt, ohne die Existenz dieser Quellen in der Wirklichkeit nachweisen zu können". Ich habe bereits im Zusammenhang mit Puntschart darauf hingewiesen, daß es sich bei den „Grundelementen" des römischen Rechts, den „konkreten objektivrechtlichen Rechtsverhältnissen", um nichts anderes als um die Wirklichkeit des Ordnungsstandes handelt.

Wenn *Lundstedt* den „Aberglauben" der Rechtswissenschaft, daß „das Eigentumsrecht eine in sich selbst ruhende Macht sei",[122]) bloßlegt, so zeigt er damit die Lösung der begrifflichen Fassung des Eigentumsrechtes von der Ordnungswirklichkeit. Wenn er weiter diese Fassung aufdeckt als einen „*Namen* verschiedener rechtlich risikofreier Handlungsmöglichkeiten einer Person sowie ihrer Möglichkeit, Ersatz und Restitution zu bekommen", was „alles nur die Folgeerscheinungen eines Rechtsgetriebes, namentlich der Aufrechterhaltung gewisser ‚Haftungs'- und Strafrechtsregeln" sind, so hat er damit die dahinterstehende Ordnungswirklichkeit in ihrer rein formalen Struktur nachgewiesen. Das „Rechtsgetriebe" ist der Rechtsbestand, in den die lebendige Ordnungswirklichkeit zusammengeschrumpft ist. Es besitzt alle Kennzeichen der Anonymität, Formalität, reinen Zwanges, wie sie der Formalstruktur der Ordnung des bürgerlichen Rechtssystems eignen.

Die Ergebnisse von *Lundstedt* müssen mit der Grundlage unseres ganzen Rechtssystems den Rechtsbegriff Eigentum treffen, wie er ausschließlich, herrschend und kaum irgendwo ernsthaft in Frage gestellt diesem System innewohnt. Ich stelle, um den Denkzusammenhang zu wahren, den Kern der Ergebnisse von *Lundstedt* nachfolgend dar.

Der entscheidende § 3 seiner Arbeit trägt die kennzeichnende Zusammenfassung: „*Die Unmöglichkeit der juristischen Denksetzung.*" Darin ist dasselbe ausgedrückt, was ich die geisturspüngliche Setzung nannte. Anstatt aller anderen sei eine Definition von *Dernburg*[123]) vorangestellt:

> „Recht im subjektiven Sinn besteht in einem Anteile an den Lebensgütern, *welchen der allgemeine Wille als einer Person zukommend anerkennt* und ihr gewährleistet ... Das Recht im subjektiven Sinn wurzelt in der Persönlichkeit des Individuums. *Der Staat erkennt es an, schützt es und stellt es näher fest. Er erschafft es nicht.*"

Das Recht im subjektiven Sinn ist also unabhängig vom Staat da. Seine Existenz hat auch mit der Aufrechterhaltung des Prozeß- und Vollstreckungsrechtes nichts zu tun. Wo ist - das muß demgegenüber unsere Frage sein - die Berechtigungsmacht denn wirklich gegründet? *Dernburg* gibt uns zunächst einen Hinweis an eine andere Instanz: den „allgemeinen Willen". Dieser Hinweis ist unbefriedigend, weil dieser „allgemeine Wille" das bereits bestehende subjektive Recht nur anerkennt, es sich mithin nicht aus ihm ableitet. Genau so ist es mit dem Staat. Es bleibt aus der Definition als Restbestand, daß das subjektive Recht in der Persönlichkeit des Individuums „wurzelt". Das ist aber immer noch keine Erledigung unserer Frage; denn, so mannigfaltig und eigenartig wir uns dieses „Wurzeln" vorzustellen vermöchten - nie wäre uns erklärt, wie eine wirkliche Erfüllung des subjektiven Rechtes vor sich gehen könnte, wenn nicht eine *Wirklicheit hinzukäme*, wie sie etwa in Gestalt

von Prozeß- und Vollstreckungsbehörden besteht. Wir kommen zu dem Schluß: das subjektive Recht – und Lundstedt erweist es an der Summe der herrschenden Lehren, die um die Definitionen von Windscheid und Ihering zu gruppieren sind – ruht in einem Bereich, „der nicht von dieser Welt ist". Das ist die Lage unseres Rechtssystems im ganzen. Nur ein Wissenschaftler hat mit dieser Tatsache Ernst gemacht: es ist Kelsen und seine Schule. Aber indem er aus dieser Erkenntnis sich zu der Entscheidung bekannte, das Recht gänzlich dieser Unwirklichkeit zuzuteilen und alles hierauf auszurichten, ist er der Gegner. Denn unsere Entscheidung ist entgegengesetzt.

§ 27.

Dernburg hat uns mit dem Ausdruck „allgemeiner Wille" den Fingerzeig gegeben, der uns zu berufenem Aufschluß über unsere Frage zu führen vermag. Dieser „allgemeine Wille" bedeutet Hegel. Die Beziehung zu ihm unterstreicht Dernburg ausdrücklich in seinen Pandekten.[124])

Unsere Frage war nach dem Wirklichen des subjektiven Rechtes gestellt. „Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig." Setzen wir diesen oft mißverstandenen Satz Hegels zu anderen aus dem gleichen Zusammenhang, der Vorrede zur Rechtsphilosophie, in Beziehung:

> „. . . aber der wahrhafte Gedanke ist keine Meinung über die Sache, sondern der Begriff der Sache selbst."
>
> „Wenn umgekehrt die Idee für das gilt, was nur so eine Idee, eine Vorstellung in einem Meinen ist, so gewährt hingegen die Philosophie die Einsicht, daß nichts wirklich ist als die Idee. Darauf kommt es dann an, in dem Scheine des Zeitlichen und Vorübergehenden die Substanz, die immanent, und das Ewige, das gegenwärtig ist, zu erkennen. Denn das Vernünftige, was synonym ist mit der Idee, indem es in seiner Wirklichkeit zugleich in die äußere Existenz tritt, tritt in einem unendlichen Reichtum von Formen, Erscheinungen und Gestaltungen hervor und umzieht seinen Kern mit einer bunten Rinde, in welcher das Bewußtsein zunächst haust, welche der Begriff erst durchdringt, um den inneren Puls zu finden und ihn ebenso in den äußeren Gestaltungen noch schlagend zu finden."

„Das Vernünftige", die „Idee", „der wahre Gedanke" ist Wirklichkeit, denn er ist „Substanz, die immanent", „das Ewige, das gegenwärtig". Wir müssen erkennen, daß hier die Scheidung von Leben und Geist in Schärfe getroffen ist – und nie wurde diese Lage schärfer zum Geiste gerichtet. In Hegel geschieht die Selbstsetzung des Geistes als Wirklichkeit des Ganzen in Ursprung, Gegenwärtigkeit, Dauer, zeitlos beharrend. Wir werden die Tragweite von Hegel nur von Klages her ermessen können. Der „unendliche Reichtum von Formen, Erscheinungen und Gestaltungen" wird zu einer „bunten Rinde". Er ist Schein, Schemen, Unwirklichkeit, Aeußerlichkeit. Hegel ist folgerichtig: er weist

diese „unendlich mannigfaltigen Verhältnisse", „dieses unendlich mannigfaltige Material und seine Regulierung" als Gegenstand der Philosophie schroff zurück. Aufschlußreich ist ein Vergleich Kant/Hegel.

Kant: „Das Rechtlich-Meine (meum iuris) ist dasjenige, womit ich so verbunden bin, daß der Gebrauch, den ein Anderer ohne meine Einwilligung von ihm machen möchte, mich lädieren würde." [125])

„Der äußere Gegenstand, welcher der Substanz nach das Seine von jemandem ist, ist dessen Eigenthum (dominium), welchem alle Rechte an dieser Sache (wie Accidenzen der Substanz) inhäriren, über welche also der Eigenthümer (dominus) nach Belieben verfügen kann (ius disponendi de re sua)." [126])

Hegel: „Die Person hat das Recht, in jede Sache ihren Willen zu legen, welche dadurch die Meinige ist, zu ihrem substantiellen Zwecke, da sie einen solchen nicht in sich selbst hat, ihrer Bestimmung und Seele meinen Willen erhält - absolutes Zueignungsrecht des Menschen auf alle Sachen." [127])

„Daß Ich etwas in meiner selbst äußern Gewalt habe, macht den Besitz aus, so wie die besondere Seite, daß Ich etwas aus natürlichem Bedürfnisse, Triebe und der Willkür zu dem Meinigen mache, das besondere Interesse des Besitzes ist. Die Seite aber, daß Ich als freier Wille mir im Besitze gegenständlich und hiermit auch erst wirklicher Wille bin, macht das Wahrhafte und Rechtliche darin, die Bestimmung des Eigenthums aus." [128]) [129])

Hegel hat den Gegensatz zu Kant an früherer Stelle [130]) besonders hervorgehoben. Er wendet sich gegen die „kantische" und römische „Verwirrung, Rechte, welche substantielle Verhältnisse, wie Familie und Staat, zu ihrer Voraussetzung haben, und solche, die sich auf die bloße abstrakte Persönlichkeit beziehen, kunterbunt zu vermischen" - kann er deutlicher sein? - und sagt:

„Dieß Sachenrecht ist das Recht der Persönlichkeit als solcher. Was aber das im römischen sogenannte Personenrecht betrifft, so soll der Mensch erst mit einem gewissen status betrachtet eine Person seyn; . . . im römischen Rechte ist hiermit sogar die Persönlichkeit selbst, als gegenüber der Sklaverei, nur ein Stand, Zustand. . . . das römische Personenrecht ist daher nicht das Recht der Person als solcher, sondern wenigstens der besonderen Person . . ."

Wir fassen zusammen: bei Kant ist Eigentum die vom Einzelnen her bestimmte Bindung Einzelner/Sache, bei Hegel Objektivwerden des Einzelwillens in der Sache. Die in Hegel geschehene Setzung des Einzelwillens als Wille einer „Persönlichkeit als solcher", einer „bloßen abstrakten Persönlichkeit" ist in ihrer Abstraktion eine notwendige von dem Augenblick an, wo die Persönlichkeit selbst nicht nur wirkend, in Beziehung zur Sache, sondern wesenhaft in der Sache gedacht wird; wir können sie uns dann nur „denken": solche Setzung ist nur gelöst von allem Anschaulichen, Lebendigen, nur rein geistbestimmt möglich. Der kantische Ansatz führt diese Entwirklichung nicht zwangsläufig herbei: denn Eigentum als Bindung Einzelner/Sache vermag den Einzelwillen als den einer besonderen Person, eines wirklichen Menschen, zu erhalten, wie das ja auch gerade Hegels Kritik hervorhebt. Es muß erkannt werden, daß diese geisturspüngliche Setzung, wie sie für die Rechtswissenschaft am

wirksamsten in Hegel geschah, notwendig Entwirklichung mit sich bringt;[131]) denn der „logisierenden Vernunft" kommt „einzig eine registrierende, nicht eine schöpferische Funktion zu".[132]) Hegel wurde Begründer des „modernen" politischen Denkens,[133]) dessen Begriffe die seinen sind. So ist es das Denken rein geistgeleiteter Anmaßung, gegen das jede rechtswissenschaftliche Arbeit den Angriff voranzutragen hat. Reine Setzung ist symbollos, entgrenzend, „der reine Mensch, das absolute Ich verzehrt alles Konkrete, alle Bilder und Maßstäbe, wie Feuer: er duldet keine historische Konkretion. Jedes Bild, sei es Symbol oder Mensch, erscheint als Einschränkung, als Begrenzung, Verendlichung des reinen Menschen". „Die Persönlichkeit erkennt Grenzen nur an, wenn sie sie selber setzt. Wenn es sich aber heute um ein Volk handelt, so sind das nicht Grenzen, die selber gesetzt sind, sondern Grenzen, die ihm gegeben sind mit seinem Sein, mit seiner Geburt, Grenzen, die etwas ganz anderes sind als bloße Tatsachen, als Beschränkung oder Beschränktheit."[134]) Konstruktionen beklemmender Türmung, Leben einengende Systeme, unangemessen dem Lebensgrunde der Menschen, zu deren Dienste wie zu deren Beherrschung sie zweckbestimmt wurden, entsprechen dem reinen Menschen - es ist, mit einem Ausdruck von Hans F. K. Günther,[135]) Züchtung auf Geist. Auf allen Gebieten springt diese Unangemessenheit Geist/Leben grell ins Gesicht - Baukunst, Schrifttum, Bühne, Malerei, doch nirgends war sie gültiger, geltender, und das muß heißen, vernichtender, als in der Jurisprudenz: denn die Rechtswissenschaft hat den Einfluß Hegels im ganzen nie verloren.[136]) Hierfür sind die Forschungen von Lundstedt von größter Tragweite.

§ 28.

Immer ausgehend von den Wissenschaftlern unter den Rechtskundigen hat diese Entwirklichungstendenz das gesamte Rechtsbild liberaler Zeit geformt.

Der Rechtsbegriff Eigentum hat sie in herrschender Allgemeinheit in dem Bezug auf die dargelegte Fassung des subjektiven Rechtes erfahren. Demgegenüber ist es unwesentliche Variation, ob diese rechtliche Herrschaft sich darstellt als[137]) ausschließliche, vollkommene, unmittelbare, allgemeine, oberste, umfassendste, oder wie noch sonst. Die Grundlage bleibt dieselbe. Und sie wird auch nicht verlassen, wenn der Terminus „rechtliche Herrschaft" aufgegeben wird und an seine Stelle Fassungen treten, wie: allgemeine Unterordnung der Sache unter den Willen der Person,[138]) die durch das objektive Recht gewährte und durch dasselbe begrenzte rechtliche Möglichkeit relativ vollster, unmittelbarer Herrschaft über eine körperliche Sache,[139]) die Fülle des Rechtes an einer Sache,[140]) die volle Verfügungsgewalt über eine Sache,[141]) die die ganze Substanz der Sache umfassende Macht des Menschen über die Sache,[142]) die den Körper der Sache er=

füllende Macht der Person,[143]) das primäre Bestimmungsverhältnis der Sache für das menschliche Bedürfnis.[144]) [145]) Diese Fassungen verändern den Grundzug kaum, so daß es sich zum Teil um reine Wortspiele handelt, zum Teil darum, an die Stelle des ausschließlichen Einzelbezuges in irgendeiner Weise Ordnungsbezug anzufügen. Selbst die Definition von Brinz[146]) verläßt die Grundlage der Fiktion nicht; so sehr er sich durch die Fassung des Eigentums als rechtliche Verbindung einer körperlichen Sache mit einer Person (Kant!) absondert, vermag er im ganzen des Rechts zu keiner Neuausrichtung zu gelangen.

Ein bemerkenswerter Ansatz ist durch Thon gemacht worden. Die auf das strafrechtliche Gebiet bezogenen Ergebnisse von Binding[147]) haben Thon im zivilistischen Gebiet zu einer Unterscheidung geführt, in der wir im Gegensatz zur übrigen Lehre einen ernstlichen Bezug des Rechtes auf die Störungslage zu erblicken haben. Sein maßgebendes Werk trägt die bezeichnende Ueberschrift „Rechtsnorm und subjektives Recht".[148]) Ich hebe hervor, wie der Nachweis versucht wird, daß unter dem Namen „subjektives Recht" vier verschiedene Inhalte gemeint werden, von denen nur die Anwartschaft auf Ansprüche die Bezeichnung als Recht in Wahrheit verdiene. Mit der Erklärung des Anspruchs steckt Thon noch mitten in der wirklichkeitsfernen Dunkelheit, die durch die Einführung der Normen keinerlei Aufhellung erfahren konnte. Im ganzen genommen ist, was er als Anspruch erklärt, unbrauchbar. Lediglich eine Seite dieser Erklärung ist aufschlußreich. Als „vornehmlichste Form" bedeute Anspruch „die von der Rechtsordnung verliehene Macht", d. h. also: Anspruch = Bedienungsmöglichkeit von Prozeß- und Vollstreckungsbehörden.[149]) Das ist bereits recht praktisch gesehen. Nun schmilzt aber das subjektive Recht, da Thon Ernst macht, arg zusammen: „Es wird durch die Verheißung eventueller Ansprüche begründet; es besteht in der Aussicht auf solche."[150]) Ganz deutlich wird die grundverschiedene Art, in der Thon die Rechtsfrage anpackt, beim Eigentum. Es ist ihm der Substanz nach, wenn es sich auch nur, wie wir wissen, um Formalordnung handeln kann, ordnungsbestimmt. „Ohne Zutun des Eigentümers wird ihm der Schutz zuteil. Ja, man darf sagen: selbst gegen seinen Willen." „Zum Rechte des Geschützten wird das Eigentum erst, soweit die Rechtsordnung aus einer Verletzung der Norm des Geschützten einen Anspruch gewährt." Eigentumsrecht besteht also als der Bereich, der durch die Verfügungsmöglichkeit des Eigentümers über dahinterstehende Behörden gesichert ist. Aus diesen Erklärungen ist hervorzuheben, daß der Entwirklichung entgegengetreten ist, daß aber, auch bei Lenel tritt es besonders scharf hervor,[151]) bestenfalls aus diesen Bemühungen nichts als die Formalordnung grell in Erscheinung treten kann, denn - auf welche Wirklichkeit hätte sonst ein Eigentumsrecht überhaupt gegründet werden können? Als Ergebnis bleibt, daß die Gehaltlosigkeit des Rechtssystems schonungslos

hervorgetrieben wird. „Lediglich die Schale bildet das Recht, der Kern gehört nicht mehr zu ihm."[152]) Während die herrschende Doktrin hier und dort in ihre Rechtserklärungen die unverhüllten Ich-Ziele einmengt (Ihering: Genuß), ist hier der reine Formalbezug geblieben, der zweifellos eine Wirklichkeit darstellt, nicht aber einen Ordnungs gehalt. Unsere Lage gegenüber diesem Sachverhalt ist mit einem Eckehartwort auszusprechen: „Willst Du den Kern haben, so muß Du die Schale brechen."

Auf die Mehrzahl der Rechtswissenschaftler hat die Normentheorie einen durchaus anderen Einfluß gehabt. Während sie Thon veranlaßte, im Anschluß an die Normwidrigkeit und den Normenschutz die Rechtsentstehung dem Grunde nach anzusetzen, hat die herrschende Doktrin die Normentheorie lediglich benutzt, um hinter der „scheinbar" zusammenhanglosen Vielfalt der gesetzlichen Bestimmungen als innere Einheit die „normlogische Geschlossenheit der Rechtsordnung" zu errichten, einen gedanklichen Bau, der es erlaubt, Unverständlichstes verständlich zu machen - sofern man sich auf seine Voraussetzungen widerspruchslos eingelassen hat. Während aber im Staatsrecht durch Jellinek der Sachverhalt dem Wesen nach erkannt ist, bietet das bürgerliche Recht eine eigenartige Mischung von Unentschlossenheit und Unklarheit. Jellinek sagt unmißverständlich: „Die auf Grund von Rechtssätzen gewonnenen Urteile ... lehren uns das Verhältnis vom Seienden zur Norm erkennen ..., daher ist die juristische Erkenntnis eines Objektes grundverschieden von der der realen Vorgänge, die an und in ihm stattfinden."[153]) [154]) Durch Jellinek und in Fortsetzung durch Kelsen[155]) ist in Unwiderleglichkeit die Normlogik auf ihre eigengesetzliche, „nicht natürliche" Sphäre gegründet worden, und es ist nicht verwunderlich, daß alle die Wissenschaftler eine recht unglückliche Figur machen, die sich gegen diese Ergebnisse richten. Kelsen erweist lediglich die Eigenart der geistursprünglichen Setzung. Nachdem er Recht und Staat mit ihr gleichsetzt, ist er so folgerichtig, in seinen Ableitungen die hierdurch gegebenen Schlüsse auf sich zu nehmen. Wir wollen ihm danken, daß er uns mit den unverhüllten Folgerungen seines Ansatzes so ausführlich bekanntgemacht hat. Wir wollen ihm danken, daß er uns in der Sphäre der reinen Denkbarkeiten seine Unüberwindlichkeit überzeugend dargetan hat. Nachdem wir aber die Unmöglichkeit eingesehen haben, unsere Rechtsentscheide aus dieser Sphäre zu gewinnen, hat uns die unumgängliche Notwendigkeit einer grundverschiedenen Art der Rechtserkenntnis am Beispiel des Weges, den der menschliche Geist in seinem geschichtlichen Wirken gegangen ist, zu der Auffassung geführt, daß nur eine neue Wissenschaftsauffassung im ganzen Lösung bringen wird, und daß die Rechtswissenschaft in ihr als Teil begriffen ist. Es wird noch erinnerlich sein, wie die vertretene Geschichtsauffassung sich in Widerspruch zur hergebrachten rechtsgeschichtlichen Methode setzen mußte. Sie sei nun in den

größeren Zusammenhang unserer wissenschaftlichen Lage überhaupt gestellt. Diese ist darin enthalten, daß das Vernunftbild „Mensch" und das Vernunftbild „Welt" in ihrer Ueberzeitlichkeit, Dauer, unberührten Reinheit, vor der zeitlichen fließenden Wirklichkeit des Lebens im ganzen täglich kapitulieren, und die Wissenschaft, die sich hierauf gründet, ist gerade in unserem deutschen Bereich vor aller Augen zum Zuschauer, der bereits abgeschlossenes Geschehen nachträglich in sein Auffassungssystem eintreten läßt, degradiert gewesen, und der am tiefsten deutsche Lebenswirklichkeit erfüllende Vorgang, die deutsche Erhebung, sah den Wissenschaftler nirgends im Ursprunge des Geschehens, bestenfalls in Hilfestellung, gewöhnlich auf der gegnerischen Front. Durch Heidegger ist herausgestellt, daß „alle Wahrheit ... gemäß deren wesenshafter daseinsmäßiger Seinsart relativ auf das Sein des Daseins" ist, und der sich hieraus ergebende Schluß, daß der Nachweis von „ewiger Wahrheit" erst dann geführt ist, „wenn der Nachweis gelungen ist, daß in alle Ewigkeit Dasein war und sein wird",[156]) stellt gerade die Rechtswissenschaft am meisten bloß; denn an das Scheitern des Beweises vom „Menschen", vom „natürlichen" Ich schloß sich das Scheitern des Naturrechtes,[157]) und trotzdem besaß die Rechtswissenschaft die Stirn, aus ebenso naturrechtlicher Sphäre, d. h. aus einem System der reinen Geistbestimmtheit, wie sie die An-sich-Denkbarkeit der Normlogik darstellt,[158]) Entscheidungen für Lebenswirklichkeit in Geltung wirken zu lassen – und das muß nach Heidegger bedeuten: in Daseinswiderspruch, nach Klages: in Lebensvernichtung.

Wer noch bezweifeln wollte, daß jede gegenwärtige rechtswissenschaftliche Arbeit nur von der Breite gänzlich anderer Wissenschaftsauffassung her, in deren Kern die Frage des Erkennens liegt, aufbauend sein kann, der sei mitten in eine rechtswissenschaftliche Problemlage geführt, an der seitens herrschender Rechtswissenschaft die ganz grundsätzliche Frage menschlicher Erkenntnisfähigkeit in ihren Grenzen bestimmt und in dieser Begrenzung als Argument verwendet wird. Dieser Sachverhalt muß den Einwand restlos vernichten, es sei müßig, jede rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung auf die philosophische Frage menschlicher Erkenntnis zu beziehen. Im Lehrbuch des bürgerlichen Rechts von Enneccerus, Bd. I, 13. Bearbeitung von Nipperdey, befindet sich im Anschluß an den Satz „Der Gemeinwille ist freilich nicht so zu verstehen, daß die Gemeinschaft einen von dem Willen der einzelnen verschiedenen Gesamtwillen habe, also ein selbstdenkendes und selbstwollendes Wesen sei," folgende Anmerkung:

„Diese Vorstellung überschreitet das Gebiet menschlichen Erkennens[159]) und ist deshalb von der Rechtswissenschaft abzulehnen. Sie ist im Grunde schon von Plato aufgestellt, in der historischen Schule (unter Einwirkung Schellingscher Gedanken) in der Annahme des allmählich wirkenden „Volksgeistes" weiter entwickelt, auch von Wundt, Lasson u. a. akzeptiert, am schärfsten aber von Gierke I § 15, Anmerkung 29, ausge-

sprochen: ‚Dies alles setzt natürlich die Anerkennung der Gemeinschaft als einer psychischen Realität voraus. Für die Anhänger jener Ansicht, die nur den Individuen Realität zuschreibt, ist es barer Mystizismus.‘ Vgl. dagegen u. a. Hölder, Obj. u. subj. R. S. 13 f., und namentlich Jellinek, Allg. Staatslehre 1900 S. 122 ff. Schon Arnold, Recht und Wirtschaft in geschichtlicher Hinsicht, 1863, S. 24, sagte: ‚Was wir nicht wissen oder nicht verstehen, nennen wir Volksgeist.‘“

Hieraus geht ohne jeden Zweifel auch für den, der sich in der Lage bisheriger Doktrin befindet, die Bedeutung eines tieferen, eines philosophischen Ansatzes hervor, insbesondere, da ja diese Doktrin das Recht als auf diesem Gemeinwillen beruhend betrachtet, der sich gewissermaßen selbsttätig in Setzung und Gewohnheit „offenbare“. Es ergibt sich für mich nun zweierlei. Erstens wird es aufschlußreich sein, bis zu welchen Grenzen nach Enneccerus-Nipperdey die menschliche Erkenntnis bei der Erfassung des Gemeinwillens vorzudringen vermag, zweitens, wie unsere erkenntnismäßige Lage demgegenüber ist. Enneccerus-Nipperdey sagen zunächst folgendes aus:

„Wir verstehen unter ‚Willen einer Gemeinschaft‘ oder kurzweg ‚Gemeinwillen‘ nicht eine Summierung der Willen aller Gemeinschaftsmitglieder (eine Auffassung, die sich bei Aristoteles, Fichte und neuerdings bei Meurer, Schuppe u. a. findet), sondern den in einer Gemeinschaft herrschenden Willen, der sich aus sehr verschiedenen Ursachen (Einfluß einzelner Persönlichkeiten oder Klassen von solchen, Ueberzeugung Aller oder einer großen Mehrheit, langdauernde Uebung usw.) gebildet haben kann. (Nahe ist dieser Auffassung insbesondere Wundt, Völkerpsychologie Bd. 9, gekommen. Doch ist er von der Annahme einer Volksseele nicht ganz frei. Vgl. auch Jellinek, Allg. Staatslehre S. 152 ff.) Der Wille aller Einzelnen ist keineswegs erforderlich, wenn nur jener Gemeinwille sich gleichwohl als herrschend erweist. Auch kann der Wille derer, die den Rechtssatz wollen, sehr verschiedene Gründe haben. Die Einen wollen ihn vielleicht in Erkenntnis seiner wohltätigen Folgen, Andere, weil er immer gegolten hat, Dritte, weil sie die mit der Uebertretung verbundenen Nachteile fürchten, noch Andere, vielleicht die große Masse, weil es nun einmal so ist usw.“ [160])

Das steht auf Seite 85 eines tonangebenden Lehrbuches der deutschen Rechtswissenschaft. Uns wird klar, daß das die Formalordnung in ihrer unpersönlichen Diktatur, das „Man“ ist, wie es Heidegger an angegebener Stelle erscheinungsmäßig dartut. Auf solchen Ordnungsgehalt die ebenso blassen Gehalte des bürgerlichen Rechtssystems zurückzuführen, ist erscheinungsmäßige Deutung, die möglich ist. Die Rechtsgeltung hierauf zu gründen, sie rechtfertigend in ihren Eingriffen, wie sie durch die Rechtsprechung geschehen, derart „erkenntnismäßig“ aufhellen zu wollen, das ist im Grunde nur aus der liberalen Lage zu verstehen, deren Entwicklung wir bis zu den Normen geschichtlich dargetan haben. Denn - wenn der „Gemeinwille“ der Masse dem Geschehenlassen - „weil es nun einmal so ist“ - gleicht, dann soll man wenigstens den Mut haben, kurz und bündig zu bekennen, daß die Rechtsgeltung schlechthin auf der Macht ruht, die dieses unabänderliche „So-Sein“ in der Hand

hat, besonders, wenn man von Grenzen der Erkenntnis spricht und sich mit dem Scheine des mit beiden Füßen auf der Erde stehenden positiven Wissenschaftlers umgibt. Im Grunde richtet man sich ja in diesem Rechtsgetümmel sowieso nach der Macht aus und nach nichts anderem. Das ist der Fall, wenn dasselbe Lehrbuch verrät, daß „der Gemeinwille auch in kurzer Zeit zum sicheren Ausdruck gelangen" kann und es die Revolte von 1918 als Beispiel ausdrücklich hervorhebt. Wir sehen, in wessen Dienste sich diese juristische Hintergrundmalerei befindet. Die gefällige Formel: der Gemeinwille ist „herrschend", bedeutet nichts anderes als: reiner Erfolg, bloße Tatsache der Macht, Boden der Tatsachen, „wie sie nun einmal sind". Materialismus reinsten Wassers.[161]) Ein erschreckendes Beispiel, wie sich eine formal-erkenntnis-theoretische Ausrichtung, die keinerlei innere Gerichtetheit bedeutet und sich im An-sich der Denkbarkeit erschöpft,[162]) jeder Machtlage geschmeidig-geschäftig darbringt.

Uns ist „Geist" „weder leerer Scharfsinn, noch das unverbindliche Spiel des Witzes, noch das uferlose Treiben verstandesmäßiger Zergliederung, noch gar die Weltvernunft, sondern Geist ist ursprünglich gestimmte, wissende Entschlossenheit zum Wesen des Seins".[163]) Hierdurch ist Erkennen erst zur Lage des ganzen Menschen geworden, eine Wendung, die durch Nietzsche eingeleitet wurde[164]) – die Gründung auf das Leben, aber nicht auf Leben als ein empirisch-physiologisches, „sondern ein metaphysisches, ja sogar ein ‚dionysisches', d. h. göttliches Phänomen",[165]) als „kosmische Tatsache," verpflichtend und gegenwärtig als Bluts-einheit Volk. Mancher glaubt diese Wendung zum Leben abtun zu können mit der Handbewegung „Mystik", auch der Terminus „Romantik" ist beliebt als Kennzeichnung.[166]) Nichts ist schiefer. „Ich beschwöre euch, meine Brüder, bleibt der Erde treu und glaubt denen nicht, welche euch von überirdischen Hoffnungen reden! Giftmischer sind es, ob sie es wissen oder nicht. Verächter des Lebens sind es, Absterbende und selber Vergiftete, deren die Erde müde ist: so mögen sie dahin fahren." Das ist Nietzsche, Zarathustra, Vorrede. Es ist Realismus![167]) So ist der Uebermensch „eine Formel für die Haltung heroischer Diesseitigkeit". Das ist Lebensabhängigkeit. Und so verstehen wir Nietzsche: „Aber wir haben ein Bewußtsein, als ob wir alles sein wollten und sollten, eine Phantasterei vom ‚Ich' und allem ‚Nicht-Ich'. Aufhören, sich als solches phantastisches ego zu fühlen! Schrittweise lernen, das vermeintliche Individuum abzuwerfen! ... Ueber ‚mich' und ‚dich' hinaus! Kosmisch empfinden!"[168]) Wissen dieser Herkunft erschöpft sich nicht in trockener Registratur, sondern es ist in den Bindungen des deutschen Menschen härtester Aufruf.[169]) Aufruf ist Wissen um Geschichte. Aufruf ist Wissen um uns selbst. Gegner ist alles, was in Unabhängigkeit vom

lebenden Menschen zum Vollzug von Einreihung, Richtung, Regelung, Normung schreitet. Auch diese Eingriffe „ordnen". Doch es ist die formale Ordnung der Norm. Und wir werden jetzt das andere aussprechen können, was zuvor noch nicht spruchreif war: es handelt sich nicht nur um den Denk bezug – nicht nur darum, den Bezug zum Ich nun durch Bezug zur Ordnung, die ja auch als Kollektive „denkbar" sein könnte, zu ersetzen;[170]) es handelt sich darum, daß grundsätzlich anders „gedacht" wird – es handelt sich eigentlich gar nicht um das Denken, sondern schärfer: um das Erkennen, um Wissen.[171]) Der blutgebundene Mann ist Wissender; er kann sich als Ganzer entscheiden, und allein hierauf kommt es an, nicht mehr auf bloße Meinung. Hinter dieser Entscheidung, die persönlichst an ihn geknüpft ist, steht der Mann in vollem Einsatz, weil sie aus seiner Lebenseinheit, aus Charakter, aus Ehre kommt. Sie unterscheidet sich von allen Entscheidungen, die nur die Probe an das reine Denken sich vorausgehen ließen, die nicht ganze Lebensbefindlichkeit aussetzten und unlösbar mit ihr verschmolzen. Diese Entscheidung vom ganzen Menschen entspricht der Rasse im ganzen. Wir brauchen deshalb nicht die zauberische Fiktion vom herrschenden Gemeinwillen, auf dem das Recht beruhe, sondern wir wissen, daß der Entscheid des arischen Mannes unser Recht ist – wie der Mann selbst unser ist. Jeder deutsche Mann, der in Sicherheit in der Bewegung Adolf Hitlers steht, ist Sprecher des Rechtes, ist in seinem Entscheid Staat. Wie wir dem Führer folgen, ohne daß wir eine Fiktion vom Gemeinwillen so oder so vornehmen, wie der in Gefolgschaft befindliche Mann für seine Entscheidungen dem Führer gleichermaßen verantwortlich ist, wie er es für seine Ehre ist. Volk ist Blutseinheit, und der Geist des vom Ganzen her entscheidenden Mannes ist in dieser Blutsabhängigkeit und wirkt in ihr. Deshalb gibt es für uns nicht einmal die theoretische Gegenüberstellung Einzelner/Gemeinschaft, und wenn es sie nicht gibt, dann braucht das Handeln eines Einzelnen auch nicht mehr mit Annahmen von einem so oder so aussehenden Gemeinwillen theoretisch unterbaut zu werden. Wir fragen nicht, ob der Mann die formelle theoretische Legitimation seitens der Gemeine – wie sie etwa durch Parlamente erteilt wurde – hinter sich hat, damit er für die Gemeine auftreten kann, sondern wir fragen, ob er Ehre hat – dann soll er entscheiden, wenn sie sich mit dem erforderlichen Sachkönnen paart.

Damit ist schließlich noch folgendes klar geworden: nicht die Höhe geistiger Entscheidung ist es, wogegen sich unser Widerspruch richtet, nicht dem natürlichen Groll von Masse gegen die geistig überlegene und hierin freie Persönlichkeit wird das Wort geredet. Es handelt sich einfach darum, deutsches Schaffen in die Angemessenheit von Leben und Geist zu bringen;

denn nur ein lebensruhender Geist ist schaffensfähig. Höhe des Schaffens ist uns höchste geistige Entscheidung in Lebensbindung - Geist. der „nicht weiter reiche als Euer schaffender Wille".[172])

§ 29.

Wir haben das Berechtigungsdenken von jeder Seite kennengelernt. Wir haben ermittelt, daß es den Bereich, an den es sich wendet, entwirklicht sieht, gegenständlich, lebensbloß. Wir haben den Begriff des subjektiven Rechtes als grundlegenden Begriff des Rechtssystems herausgeschält, wir haben den dem bürgerlichen Recht zugrundeliegenden Eigentumsbegriff in der Sprache der herrschenden Rechtslehre als umfassendste Sachherrschaft dargestellt gefunden und haben diese wissenschaftliche Fassung auf ihr Wesen hin bereits untersucht. Und doch bleibt uns, wenn wir nun das Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. 8. 1896 in die Hand nehmen, noch einiges zu tun übrig. Worin liegt die eigentümliche Bedeutung der in ihm gewählten juristischen Fassung? Daß eine solche Eigentümlichkeit in ihr ruhen muß, geht aus der Verschiedenheit hervor, die gegenüber der lehrbuchmäßigen Fassung besteht. Deren Definition des Eigentums als umfassendste Sachherrschaft werden wir im BGB. nicht finden, wohl aber eine Fülle von Bestimmungen, die sich auf diese Definition zurückführen lassen.

Während die lehrbuchmäßige Fassung des Rechtsbegriffs bestrebt ist, ihn „für sich", „als solchen", zu begreifen, ist die gesetzgeberische Fassung bemüht, ihn in seiner Geltung darzustellen. So führt uns erst die Gesetzesfassung in die eigentliche Wirksamkeit des Rechtsdenkens hinein, und wir werden unsere Kritik am Rechtsbegriff Eigentum am bündigsten daran erweisen können, wie er durch das Gesetz regelnd und richtend seine Eingriffe vollzieht.

Nennen wir, um jeden doktrinären Streit von vornherein auszuschalten, den Vorgang, an den sich das Gesetz wendet, einfach „Vorgang des täglichen Lebens", kurz „Lebensvorgang". Indem das Gesetz sich an ihn wendet, in ihm Geltung fordert, nimmt es seine Erfassung vor. Es erfaßt ihn aus dem Gesetzesdenken - wenn wir vom Rechtssystem bürgerlicher Prägung her sehen: aus Berechtigungsdenken. Das Gesetz bemüht sich um rechtliche Erfassung des Lebensvorgangs, nicht um Wesenserfassung, was wir im Gegensatz zur Frage des Rechtssystems die philosophische Frage nennen würden. Durch die rechtliche Fassung geht der Lebensvorgang gewissermaßen gebrochen in das Gesetz ein, gebrochen am Rechtsdenken dieses Gesetzes. Wie der Lichtstrahl das Prisma zerlegt verläßt, so verläßt der Lebensvorgang die Denkarbeit des „Juristen" [173]) und bleibt dessen Rechtsbewußtsein weiter nur in dieser Zerlegung, in jener dem Rechtssystem entsprechenden Denksetzung greifbar. Nachdem wir uns über das Wesen des bürgerlichen Rechtsdenkens, seine

totale Ich-Bezogenheit und formal-ordnende Funktion, klar wurden, können wir die dem Bürgerlichen Gesetzbuch eigentümliche Fassung des Eigentumsbegriffs erklären.

Ein handliches Beispiel. Nehmen wir den Vorgang des täglichen Lebens, daß ein Bauer seinem Nachbarn einen Pflug gegen eine bestimmte Summe Geldes überläßt. Für den Juristen stehen sich nicht zwei Bauern gegenüber, sondern ein Käufer und ein Verkäufer. Das bedeutet, es könnten auch zwei Städter sein, zwei Siedler oder andere „Rechtssubjekte". Der Vorgang erfährt nun seine Schrumpfung auf die Willenseinigung, den Vertrag, und, wenn wir uns die Eigentumsverschaffung besonders ansehen, die Einigung, daß das Eigentum „übergehen" soll, und die Uebergabe. Wir sehen deutlich, daß die Schrumpfung auf jene beiden Faktoren stattfindet, die wir als Elemente des Rechtsdenkens bürgerlicher Prägung herausstellten, das Ich-an-sich und die Formalordnung. Das ist die Brechung des Lebens, wie sie im bürgerlichen Rechtssystem geschieht.[174]) Zwei Ichs-an-sich stehen sich gegenüber. Der wirkliche Mensch verschwindet, irgendein Ich bleibt zurück, Volk und Staat sinken in die anonyme Macht von Gerichts- und Vollstreckungsbehörden zusammen, die unsichtbar dahinterstehen. Das ist gähnende, tötende Leere. Und es wird Zersetzung, schließlich Aufgelöstheit, wenn alles Leben die Ausrichtung auf diese Unwirklichkeit, diese Fiktion, erfährt und nicht auf den Menschen in der Fülle seiner Lebensbeziehungen, weil alle Entscheidungen in dieser Entfernung vom Wirklichen geschehen.[175]) Denn diese richterlichen Entscheidungen reichen nicht bis an die wirklichen Kräfte, die die Tage und Jahre, die das Schicksal eines Menschen wie eines Volkes bestimmen. Sie bewegen sich in einer künstlich darüber gelagerten Schicht, unter deren Glätte die Kämpfe sich erst abspielen.[176]) Deutschland hat in der Inflation erfahren, daß eine Volksschicht der strebsamsten Menschen um die Früchte von Lebensarbeit gebracht wurde. Weshalb? Weil das Rechtssystem die lebendigen Menschen verdeckte, weil der Lebensvorgang zum „Rechtsvorgang" schrumpfte, weil die Rechtsbrille zwischen grauen Ichs und grauen Zahlen entschied, die in Wirklichkeit beide nicht auf einen Nenner zu bringen waren – Gold- und Papiermark ebenso wenig wie der mühsame Mann, der seine Spargroschen loswurde, und der Andere, der Offenheit, Treue und Billigkeit dem Vertragspartner versagte und auf sein „Recht", es war sein „Rechtssystem", pochte.[177]) In solchen Krisenzeiten werden die Menschen plötzlich entwurzelt, in sogenannten normalen Zeiten geschieht es schleichend. Man pflegt hier den Einwand zu erheben, gerade das Gesetz kenne Begriffe wie „Treu und Glauben", „Verkehrssitte", „gute Sitte". Rechtslehrer nannten sie die königlichen Bestimmungen des Gesetzes. Jedoch die Wirklichkeit ist blasser und gar nicht königlich. Nehmen wir einmal eine reichsgerichtliche Auslegung: „Anstandsgefühl aller billig und gerecht

Denkenden." Was ist das? Es ist bei Mangel strenger weltanschaulicher Ausrichtung nichts als Summe, Durchschnittlichkeit, es ist das „Man". Es ist nicht schärfste Ehrauffassung, sondern deren stumpfeste Allgemeinheit. Es ist nicht höchster Anstand, härteste Pflichtauffassung, bedingungslose Treue, selbstverständliche Gradheit, sondern Mindestmaß des Erforderlichen, um den äußeren Schein zu wahren, um den Formalbestand der Ordnung, des Verkehrs, aufrecht zu erhalten.[178]) Und so reicht es nicht von vornherein und selbstsicher in die Bereiche der eigentlichen Störungen, die immer charakterliche Störungen sind, sondern dient nur gelegentlich zum Sicherheitsventil für die gröbsten Widersinnigkeiten des Formalgesetzes, um sich danach selbstgenügsam in die Formalbeschränktheit seiner Umgebung zurückzubegeben. Beispiel ist die Gründung des größten Teils der Aufwertungsrechtsprechung auf „Treu und Glauben". Selbst mit diesem „königlichen Mittel" war wirkliches Eigentum, Erwerb durch Mühe, Sorgen, Lebensaufopferung, Schaffen in Anstand und Würde, als Sicherung für Kinder und Kindeskinder, in der Inflation nicht zu erhalten und dem Eigentumsbegriff des BGB. keine Vertiefung zum Menschen verliehen worden. Es blieb bei der Kühle, Erbarmungslosigkeit, Lebensferne der Gerichtsstuben, die der von Sorgen geplagte, um Frucht von Lebensarbeit kämpfende Mann in banger Hoffnung betrat. Und er mußte gewärtig sein, sie entwurzelt zu verlassen. Denn das BGB. kennt kein Eigentum als Ordnungswirklichkeit. Uns ist Eigentümer der in Ordnung gebundene Mann, der Bauer an Hof und Erde, der Schaffende an dem durch Arbeit Erworbenen. Eigentümer bedeutet Ordnungsgestalt, und seit das deutsche Volk seine Volksordnung als Gemeine, als lebensmäßige Gebundenheit, aufbaut, ist Eigentum nur noch aus diesem Ordnungsgehalt für uns verständlich, aus den Bindungen, die Blut, Boden, Schaffen zu verleihen vermögen. Die „Ordnungsgestalt", die uns das BGB. als „Eigentümer" bietet, ist ein blasses willensbehaftetes Schemen, das etwas innehat und innerhalb dieser Innehabung sich beliebig bewegt - wir können, das ist kennzeichnend, uns den Eigentümer des BGB. als Erscheinung bildhaft überhaupt nicht vorstellen! Wir können ihn uns nur denken. Oder wer vermöchte dem § 903 BGB., der im Abschnitt „Eigentum" dem Titel „Inhalt des Eigentums" an die Spitze gestellt ist, mehr zu entnehmen? Wir sehen weiter, wie alles, was in lebensgegründeter Ordnung Symbol der Bindung ist, die Erde, der Bauernhof, als Sache gefaßt wird, und es erfährt dadurch die gleiche Behandlung wie das Geld in der Tasche des Städters.[179]) Hätten die Bauern in unserem Beispiel nicht einen Pflug, sondern einen ganzen Bauernhof zum „Vertragsgegenstande" gemacht, so hätte sich die rechtliche Betrachtung im alten Juristendenken dem Wesen nach nicht ein bißchen verändert, nur einige Formvorschriften hätten darüber hinaus beachtet werden müssen! Das ist gleichzeitig ein Beispiel dafür, daß die uns als altdeutsches

Ueberbleibsel gelehrte Unterscheidung zwischen Mobilien und Immobilien im bürgerlichen Recht auf bloße Form zusammengeschrumpft ist und aller Ordnungswirklichkeiten, denen diese Unterscheidung im germanischen Recht ihren Ursprung verdankt, entbehrt.[180]) Kann das bürgerliche Rechtssystem überhaupt schärfer gekennzeichnet werden? Es ist wirklichkeitsfremdes, formales System, und es ist ja auch für den wirklichen Menschen, den Menschen, der zwar seinen Lebensbereich beherrscht, wie der Bauer seine Wirtschaft, der Arbeiter sein Schaffen, seinen Beruf, es ist für diese lebendigen Menschen unzugänglich geworden und öffnet nur über den Rechtsanwalt, den Systemspezialisten, seine Pforten. Das allgemein.

Der dem Titel „Inhalt des Eigentums" an die Spitze gestellte § 903 BGB. zeigt die beiden Faktoren, auf die das gesamte bürgerliche Rechtssystem rückführbar ist, in unverhüllter Deutlichkeit. Die Sachherrschaftslage ist nicht an eine lebendige Ordnungsgestalt, einen ordnungsgebundenen, das hieße immer einen irgendwie verantwortungsgebundenen Mann, geknüpft. Ohne Rücksicht auf solche „Eigenheiten", ja ohne Rücksicht darauf, ob es sich überhaupt um einen lebendigen „Rechtsträger" hangelt, ist die Sachherrschaftslage dem Belieben eines beliebigen Rechtssubjektes zugeordnet. „Mit der Sache nach Belieben verfahren", das ist das Wesen des Eigentumes, und das unterscheidet sich nur dem Ausdruck nach von den rechtstheoretischen Definitionen vom umfassendsten Herrschaftsrecht, vom letzten Wort über die Sache. Dieses reine Postulat, diese Forderung gedanklichster Anmaßung erscheint aber im Gesetz in den Zusammenklang gestellt zur Wirklichkeit der Formalordnung, zu der ihr allein entsprechenden Unumgänglichkeit, daß die Mehrheit von „Ichs" und die sich aus ihr ergebende Mehrheit von Herrschaftslagen, die jedes einzelne Ich, jede einzelne Herrschaftslage umschließen, einer Verkehrsbeziehung bedürfen: Rechte Dritter, hinter allen der „Staat", Gesetz. Der § 903 knotet die durch uns geschichtlich erkannten Linien des Rechtsablaufs noch vor aller Augen zusammen, und wir sehen an der Geschlossenheit, Abgestimmtheit, Einheitlichkeit des Ergebnisses, daß diese verschiedenen Tendenzen innerlich einander zugehörig sind: die Ordnungsbeschränkung auf formale Unumgänglichkeiten, die Atomisierung des Ordnungsbereiches, die Vereinzelung, die Entwirklichung des Einzelnen, der Mensch-an-sich, das Ich, und schließlich die nicht einmal vollständige Erfassung dieses bereits fingierten Menschen, sondern nur die Erfassung einer Seite, der wirtschaftlichen Wirksamkeit, ausgedrückt in der Sachenrechtsbeschränkung des Eigentumsbegriffs. Sie alle sind vereint in der lakonischen Formel: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen." Die Rechtswissenschaft sah sich vor der Aufgabe, den Gedanken des Eigentumes in gedanklicher Einheit zu fassen. Sie löste sie zu ihrer Zufriedenheit über den Weg des Rechts-

begriffes mit der Normentheorie. Die Rechts p r a x i s, das Gesetz, war vor der Aufgabe, dieses „Eigentum" in G e l t u n g s e i n h e i t zu fassen. Für die Rechtswissenschaft lag die Aufgabe in der Ebene reinen Denkvermögens, in dessen eigentümlicher Strebigkeit zu Regelhaftigkeit, Allgemeinheit, Ableitbarkeit, und die Normentheorie bedeutete nichts als Schlußstrich, Errechnung eines gemeinsamen Nenners, gleichsam Verlängerung der Denkbarkeiten bis zu dem Punkte, wo sie auf Grund ihrer inneren Zugehörigkeit zusammenstoßen mußten – in der Denkbarkeit der Norm. Rechtsgeltungseinheit herstellen hieß demgegenüber den Widerstand von Erscheinungswirklichkeit überwinden. So gesellten sich in der Gesetzesfassung zum einfachen Belieben das Gesetz und die Rechte Dritter. Die Verkennung dieses Unterschiedes rechtstheoretischer und rechtspraktischer Fassung führte auf seiten der Rechtswissenschaft zu den immer wiederkehrenden Hilflosigkeiten: es gäbe „in Wirklichkeit" doch kein umfassendstes Herrschaftsrecht, keine Ausschließlichkeit, kein Belieben in Schrankenlosigkeit.[181]) Man muß erkannt haben, daß der Unterschied von Theorie und Praxis d i e s e m D e n k e n w e s e n t l i c h ist[182]) und wird nichts Sonderbares mehr finden.[183]) Im Grunde wurde das Problem auch nur dort gesehen, wo der Wissenschaftler sich noch nicht ganz in die aus dem Naturrecht stammende Einheit des Juristendenkens innerlich gefügt hatte, und hieraus entstand seine Problemsicht, die in ihm, nicht in der „Materie" veranlaßt war. Aus diesem Konflikt erklären sich die meisten, wie wir wissen, geringfügigen Verschiedenheiten der Rechtswissenschaftler untereinander. Es darf aber nicht verkannt werden, daß diese hieraus entspringende Uneinheitlichkeit im ganzen zu den erfreulichen Symptomen der Jurisprudenz zu rechnen ist. Sie zeigt, daß sich der Deutsche mit dem lebensgelösten Denken nie abfinden konnte, und wer dieses Ringen so sieht, der wird, da wir die Hoffnungslosigkeit, das Scheiternmüssen aller Versuche, vom S y s t e m her zu Wirklichkeit, zum Leben, gelangen zu wollen, eingesehen haben, die Tragik sehen, in die sich der immer Lebensgrund und Lebenstiefe s u c h e n d e Deutsche begab, wenn er sich auf den Boden der Jurisprudenz gestellt hatte – seine gedanklichen Ergebnisse mußten sich in hoffnungsloser Artistik erschöpfen. Es ist jetzt auf eine bereits berührte Frage zurückzugreifen: den Irrtum, römisches Eigentum als einheitliches, unbeschränktes zu begreifen, deutsches Eigentum als beschränktes. Diese Auffassung ist das typische Beispiel dafür, Wirklichkeit fassen zu wollen, ohne den Boden des „reinen" Denkens, ohne die Jurisprudenz zu verlassen. Gegenüber der Reinheit des Gedankens ist jede Wirklichkeit begrenzend, Verendlichung. Der römische Eigentumsbegriff war d e r r e i n e G e d a n k e v o n E i g e n t u m. Der germanische Eigentumsbegriff war d i e O r d n u n g s w i r k l i c h k e i t E i g e n t u m. Wer von römischer Doktrin her sieht, der m u ß deshalb das germanische Eigentum als beschränktes, begrenztes, sehen. Darin ist aber enthalten, daß er sich

dem *Wesen* des germanischen Eigentums *nie wird nähern können*; denn sein Denken entspricht diesem nicht, denn mit dem reinen Gedanken ist Wirklichkeit einfach nicht greifbar. Das ist der entscheidende Einwand gegen die Jurisprudenz, die den germanischen Eigentumsbegriff in einer Mischung aus dem römischen plus Ordnungspflichten begreift.

Ich gebrauchte den bildlichen Ausdruck, im § 903 BGB. würden die Ablaufstendenzen der Rechtsgeschichte vor unseren Augen zusammengeknotet. Das unterscheidet die Fassung dieses Paragraphen von der Fassung seiner Nachfolger in diesem Titel. Während § 903 noch die Bestandteile unverhüllt zeigt, erscheinen sie in den folgenden Paragraphen in Verschmelzung. Während § 903 den Uebergang von „Rechtsdenken" zu „Rechtswirklichkeit" noch konstruktiv in sich trägt, ist er in der Folge strukturell überwunden. Die §§ 904 ff. zeigen also die dem bürgerlichen Gesetz eigene Fassung unmittelbarer, und deshalb muß sich gerade in ihnen zeigen, in den Schwerpunkten ihrer Fassung, wo das Rechtsdenken das Bedürfnis, gelten zu müssen, am dringlichsten besitzt.

Und nun ergibt sich der bemerkenswerte Tatbestand, daß die Menge der in dem Titel „Inhalt des Eigentums" zusammengefaßten Bestimmungen sich mit dem *Inhalt* des Eigentums überhaupt nicht befaßt. Diese Frage war durch das Gesetz mit der Wendung des § 903 „mit der Sache nach Belieben verfahren" erledigt und als *Herrschaftslage schlechthin* gekennzeichnet. Die übrigen Bestimmungen enthalten demgegenüber nichts anderes als Aussagen über die Fälle, in denen erfahrungsgemäß diese Herrschaftslagen untereinander in Reibung zu geraten pflegen. In welchen Fällen die Erfahrung derartiges zeigt, ist aus den §§ 904 ff. zu entnehmen. Uns beschäftigt die Art, in der diese Erscheinungslagen *entschieden* werden. Und wir sehen, wie alles auf das Interesse abgestellt wird, wie es sich lediglich darum handelt, den Eigennutz nicht über das Unvermeidbare hinaus zu beeinträchtigen. Unvermeidbarkeit ist beurteilt durch das, was „gewöhnlich" ist, was „man" ertragen muß. Es ist alles ein und dieselbe Luft, und wir brauchen uns hierbei nicht länger aufzuhalten. Jede dieser Regelungen ist einfach ableitbar. Alles ist vorzüglich aufeinander abgestimmt. Der Ausgleich *nach* einer Einwirkung, die nicht unter dieses Gewöhnliche fällt, geschieht, wie es hier nicht anders sein kann, geldlich - auf Geld muß immer der Schaden beziehbar, in ihm ausdrückbar sein. Noch eins bedarf der Hervorhebung. Nachdem wir sahen, daß die Zertrümmerung des Ordnungsbereiches in eine Unzahl selbständiger Eigentumskerne auch an der entscheidenden Gesetzesstelle, die angibt, über den Eigentums*inhalt* Auskunft zu geben, dadurch aufrechterhalten wird, daß sich die „Ordnung" lediglich auf eine Oelung der Reibeflächen beschränkt, ist dem Ichbezug, d. h. der dem Privateigentum bürgerlicher Prägung einzig innewohnenden Dynamik zur Ausdehnung die letzte Sicherung verschafft; denn hier wäre die entscheidende Stelle gewesen, an

der die Ordnung einen Ordnungs g e h a l t hätte konstitutieren können. Diese Gehaltlosigkeit beherrscht auch die nächsten Titel im Abschnitt „Eigentum", am deutlichsten dort, wo über Erwerb und Verlust des Eigentums Auskunft gegeben wird. B a e u m l e r sagt einmal,[184]) dem reinen Menschen fehle d i e G e b u r t. Es ist mit dem Eigentum des bürgerlichen Rechtssystems nichts anders; denn es entspricht diesem reinen bildlosen abstrakten Menschen. Wer nach U r s p r u n g von Eigentum u n b e f a n g e n fragt, wird an Taten denken, an stolzes, überlegenes Schaffen, an „eigenste" Leistung. Wer das Gesetz aufschlägt, findet formale Willenserklärungen, formale, „tatsächliche" Lage, formale Eintragungen. Und wer weitersucht, der verläßt schließlich die Eigentumsbestimmungen des Gesetzes und begibt sich - unter dem Zwange der wiederum sehr bemerkenswerten Scheidung abstraktes/kausales Rechtsgeschäft - in die „Einzelnen Schuldverhältnisse" des BGB. Dort wird als hauptsächlichste Bedingung des wirklichen Gelangens zu Eigentum der Kaufpreis ermittelt - Geld, der unpersönliche Faktor, auf den sich die bürgerlichen Rechtslagen ausrichten. Wer aber, da er in Wirklichkeiten denkt, noch tiefer will und fragt, wie diese „Eigentumsbedingung Geld" erworben wird, der schlägt, ohne Antwort erhalten zu haben, das Gesetz zu. Wir sind wohl durch diesen Vorgang überzeugt, daß der juristische Eigentumsbegriff seine formalen Bereiche wahrt. Das Ich wirkt in Ungebundenheit, und, wenn es mit einem anderen Ich ins Reine gekommen ist, dann ist zwischen beiden der „Rechtsvorgang" fällig - Eigentum „geht vom Einen zum Anderen „über", die anonymen Behörden, die im Verhältnis zur „Sache" den Einen schützen, schützen nun den Andern. Da diesen Behörden kein Ordnungsgehalt innewohnt, wird der „Uebergang" und dessen Schutz auch nach solchem Gehalt nicht ausgerichtet. Das Ich ist Herr der Lage.

Dritter Teil:

Die Aufgabe

§ 30.

Aus der starren Behördenmechanik des Weimarer Systems, aus der Formalstruktur alter Ordnung, wird in den Gesetzen des neuen Reiches der Weg zur Volksordnung, der Weg zum Staat, gegangen. Der Lebensgehalt Volk prägt sich das Werk Staat. Aus dem Symbol ersteht die Form; Form, die in Bindung an das Symbol lebt, die es nicht verdeckt, die es als Schöpfung männlichen Geistes aufzeigt. Staat, der sich nicht verdeckend, einengend, zwingend, polizeilich-räsonnierend über ein Volk breitet, sondern Staat, durch den, in dem ein Volk lebt, kämpft und schafft, handelt; Staat, der Leben zeigt, wie es ist – der den Mann als Schaffenden, als Bauer und Arbeiter, Führer und Gefolgsmann, als lebendige Ordnungsgestalt, kennt und sich nicht mit Staatsbürgern oder Untertanen oder sonst irgendwie nur formal ordnungsbezogenen „Menschen" begnügt. Sein Gesetz, das Staatsgesetz, ist auf dem deutschen Lebensgrunde, auf blutgebundener Weltanschauung. Es spricht aus, was als Gehalt, als Symbol bereits lebt.[185]) Es spricht die Form aus dem Impuls bereits wirkenden Lebens, die Lebensform, die dem mit dem Herzen an der deutschen Bewegung teilhabenden Manne gemäß ist. Für den Lebensträger des Volkes, den an die Scholle gebundenen Mann, ist die Lebensform gesprochen. Das Reichserbhofgesetz vom 29. 9. 1933 schafft die Gestalt des Bauern in der deutschen Lebensordnung.

Wir müssen erkennen, daß in solchem Gesetz Ordnungswirklichkeit erstanden ist, daß der Grund gelegt ist, gegenüber dessen Störung die Rechtsfrage erst entsteht. So ist die Gesetzesbildung kein Rechtsvorgang. Das Gesetz gibt bündig an, was Rechtsgut ist, es gibt Ordnungsbegriffe, den Begriff Bauer, den Begriff Erbhof, aber es gibt keine eigentlichen Rechtsbegriffe, denn aus unserem streng Ordnung/Störung-gebildeten Rechtsansatz ist ein Rechtsbegriff nur aus dem gleichzeitigen Störungsbezug, und wir gelangen so dazu, den Rechtsbegriff ausschließlich auf die Lage Ordnung/Störung, die Rechtslage, zu gründen und seinen Sinn im Wege ihrer Ueberwindung, im Rechtsgang, zu begreifen. In der Erscheinungslage Ordnung

Störung empfängt die Sonderung Recht ihre Aufgabe. Je strenger wir diese Ausrichtung vollziehen, um so gründlicher werden wir das liberale Rechtssystem überwinden.

Klarheit hierüber ist Voraussetzung zum Verständnis dessen, wie im Erbhofgesetz gegenüber der Jurisprudenz der Angriff bereits vorangetragen ist. Wir haben noch keinen Umbruch im Rechtsgang. Die hierfür grundlegende Bedingung, eine rechtswahrende Männerschicht, in Haltungseinheit und in der Lebensfrische der Bewegung durch früh angesetzte Erziehung und Auslese in Wollen und Können bis zum Letzten ausgerichtet, ist noch nicht vorhanden. Daher hat sich für die Zeit des hierzu führenden Ueberganges die neue Gesetzgebung in die Geltung des entwickelten rechtstechnischen Systems insofern zu fügen, als sie mit ihr rechnet. Rechtssicherheit erfordert es; denn die notwendige Umgestaltung des Verfahrens, überhaupt der Form an den erstandenen Grundgehalt kann schon deshalb nur im Wege behutsamen Ueberganges erfolgen, weil es sich nicht einfach darum handelt, eine bloße Form an Stelle anderer bloßer Formen, System an Stelle von System zu setzen, sondern lebensgegründete Form, arischen Rechtsgang, an die Stelle des formalen Prozesses. Das Erbhofgesetz richtet sich nicht auf ein „Ich=an=sich" und einen ebenso formalen „Apparaturstaat" aus, nicht auf Fiktionen wie „wer" oder „jemand", sondern auf einen bestimmten Menschen und eine bestimmte Volksordnung. Dieser wirkliche Mensch ist der deutsche Mann, der Mann deutschen (oder stammesgleichen) Blutes, deutscher Ehre, bäuerlicher Fähigkeit. Seine Gestalt hat ihr Umrisse aus Blut, Boden und Schaffen, den Lebensgrundlagen der neuen deutschen Ordnung. Der Bezug des „gegenständlichen" Bereichs auf diese ordnungsverwurzelte wirkliche Gestalt nimmt diesem den „reinen Sach"charakter, die geldbestimmte Allgemeinheit, und verleiht ordnungsbestimmte Besonderheit. Die Auflösbarkeit des Eigentums in einen funktionalen Geldwert (Hypothek) ist damit beseitigt.[186]) Dieses Ordnungseigen als Ablösung des BGB.=Eigentums ist von W. Merk, „Das Eigentum im Wandel der Zeiten" 1934, im Reichserbhofgesetz nicht erkannt worden – trotz des Pathos, mit dem er sich gegen die marxistische Politik wendet. Mit Deklamationen ist der wissenschaftliche Angriff gegen die marxistische Lehre nicht zu leisten. Die Art, in der der Marxismus die Eigentumsfrage behandelt, zeigt kollektiv=bezogenes Herrschaftsdenken. Es ist die bloße Umkehrung vom Individuum auf die Kollektive und, das muß erkannt werden, im Denken dasselbe. Daher verstanden sich auch Bürger und Marxist, und jeder wußte recht genau, was der andere wollte. Sie standen auf einer Ebene, nur an entgegengesetzten Enden. Und beide verstanden sie, die sich im Kompromiß Weimar bereits gefunden hatten, einen nicht, Adolf Hitler; denn dieser denkt anders, in Lebensordnung – weder von Kollektive noch vom Individuum her,

noch in dessen Kompromiß. Von diesem Ausgang kann die rechtswissenschaftliche Betrachtung marxistischer Lehre wirksam sein, nicht von einer reinen Schilderung der verderblichen marxistischen Maßnahmen.[187]) Die Arbeit von Merk spitzt sich auf die Entgegensetzung Gemeineigentum/Sondereigentum zu. Ich greife auf die bereits erfolgte Deutung des Begriffes Gemeineigentum, wie ihn die Rechtsgeschichte brauchte, zurück.[188]) Es stellte sich heraus, daß Eigentum einfach gleich Sachherrschaftslage galt, ohne daß der Bezug „eigen" seinen Gehalt bewahrt hatte. Mit dem Begriff Sondereigentum, der Zukunftsforderung von Merk für unseren deutschen Bereich, ist es nicht anders. Ihm liegt Berechtigungsdenken zugrunde; Eigentum schlechthin gleich Sachherrschaftslage, Sondereigentum gleich Sonderherrschaftslage im Gegensatz zu Gemeinherrschaftslage. Wenn man dem im Begriff Sondereigentum enthaltenen „eigen" Bedeutungswert zuerkennt, wird für den sprachlich Unbefangenen die Tautologie ohne weiteres klar sein. Denn „eigen" ist immer Sonderung. „Eigen" ist Sonderung zur Persönlichkeit. Diese Sonderung ist notwendig und muß immer und überall unverrückbarer Bestand sein, wenn die Persönlichkeit anerkannt wird. Adolf Hitler hat darüber das entscheidende Wort gesprochen:

> „Eine Weltanschauung, die sich bestrebt, unter Ablehnung des demokratischen Massengedankens, dem besten Volk, also den höchsten Menschen, diese Erde zu geben, muß logischerweise auch innerhalb dieses Volkes wieder dem gleichen aristokratischen Prinzip gehorchen und den besten Köpfen die Führung und den höchsten Einfluß . . . sichern. Damit baut sie nicht auf dem Gedanken der Majorität, sondern auf dem der Persönlichkeit auf." [189])

Wenn „eigen" diese Sonderung zur Persönlichkeit bereits vollzieht, was soll dann „Sondereigen"? Es kann nur noch dahin geraten, Sonderung dieser Persönlichkeit gegenüber ihren unabspaltbaren Ordnungsbindungen vorzunehmen. Hiergegen richtet sich unsere Position mit dem Begriff Ordnungseigen.[190]) Daß der Begriff Sondereigentum gerade bei Merk diese Sonderung zur Voraussetzung hat, geht daraus hervor, wie er - gewissermaßen nachträglich - das Sondereigentum seiner Fassung mit Pflichtgehalten gegenüber der „Allgemeinheit" „durchsetzen" muß, um sich der Haltung der Neuordnung zu nähern. Derartige Mischungen zeigen von vornherein falschen Ansatz. Der Fehler liegt, wie ich bereits von anderer Seite her zeigte,[191]) im ganzen Denken. Es handelt sich also weder darum, daß „Gemeineigentum dem Sondereigentum weichen" müsse, sondern darum, daß im Gegensatze zu beiden das Eigen des deutschen Mannes, das nur Ordnungseigen sein kann, überhaupt erst erstehe; nur dadurch, daß dieser Begriff durch die Wissenschaft aus daseinsgebundenem Ordnungsdenken gefaßt wird, kann in diesem Bereich ein wirksamer Angriff gegen den „durch jahrhundertelange Beschäftigung mit dem römischen Recht geschaffenen Geist", wie Hans Frank es ausdrückt, vollzogen werden: denn wir „richten uns nicht gegen Einrichtungen allein, nicht gegen Begriffe

als solche", sondern gegen sie als Träger uns fremden Geistes im ganzen. Das Erstehen von Ordnungseigen wird, wie im Erbhofgesetz bereits begonnen, im Gegensatze zum bloßen Sachherrschaftsbegriff bürgerlicher Prägung geschehen und zu allererst dessen Lage Mensch/„Sache" zu klären haben.

Der Eigentumsbegriff der „ideellen" unbeschränkten Sachherrschaft führte in Denknotwendigkeit zur Entwicklung eines Begriffes der tatsächlichen,[182]) der wirklichkeitsbeschränkten Sachherrschaftslage, zum Besitzesbegriff, der die tatsächliche Herrschaft über eine Sache fassen soll. Im bürgerlichen Rechtssystem sind beide nebeneinander gestellt und liegen doch denkmäßig-strukturell in demselben Ausgangspunkt: Eigentum ist das Dokument der theoretischen, gedanklichen Welt, Besitz ist Dokument der im Gegensatz zur „Idee" gesehenen tatsächlichen Welt. Wir sehen, jenes „idealistische" Denken führte seine Entgegensetzungen folgerichtig bis in die feinsten Verästelungen durch. Eigentum und Besitz werden in rechtlicher Einheit zu fassen sein – wie gegen beide der Angriff seitens der Bewegung bereits vorangetragen ist, nicht nur gegen den liberalen Eigentumsbegriff. „Besitz ist geronnene Arbeit" sagt Alfred Rosenberg. Damit ist die innere Einheit Eigentum/Besitz hergestellt: Besitz als Schaffenseigen. Im deutschen Gefühl lebte diese Vorstellung immer. Auffällig, wie sich der Begriff „geistiges Eigentum", trotzdem die Wissenschaft sich gegen ihn wehrte, hartnäckig erhielt. Das Schaffen ist es, wodurch die den Menschen umgebende „Sachwelt" nicht als tot erscheint, sondern als etwas, worin der Mensch lebt – es entsteht eine Bindung Mensch/Sache, die bereits in der allgemeinen Sprachwendung „an einer Sache hängen" so schön ausgedrückt ist.[183]) Gerade hier zeigt sich, daß der Blick nicht vom Gegenstand, von der Sache, ausgeht, sondern vom Menschen, wie auch die Störungen, die Rechtslage schaffen, zwischen Menschen sind, Genossenschaftsstörungen sind. Daher erschöpft sich das Ordnungseigen nicht wie das Eigentum des BGB. in Sachbeschränkung. Das zeigt sich im „Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit". Wir müssen erkennen, daß auch hier Ordnungseigen geschaffen wurde. An die Stelle von Willkür, von Gutdünken des Arbeitgebers, an die Stelle der Kampfpositionen früherer arbeitsrechtlicher Gesetzgebung sind hier ständige, lebensgegründete Verhältnisse geschaffen worden. Der deutsche Arbeiter hat einen ordnungsverwurzelten Arbeitsplatz, und die neue Gesetzgebung ist dabei, die Entwurzelungen und d. h. in unserem Sinne: die Enteignungen eines Jahrhunderts zu beseitigen. Es handelt sich um wirkliches Ordnungseigen; denn es ist Ziel, dem Schaffenden nicht nur einen, sondern seinen Arbeitsplatz zu geben. Für den Schaffenden der Stadt hat der Arbeitsplatz dieselbe Bedeutung, wie für den Schaffenden des Landes der Hof. Der wirksame Angriff auf die Verfallstendenzen verstädterter Lebens wird dort, wo der städtische Raum nicht vermeidbar ist, am wirksamsten durch

Ansatz in der Ebene des Schaffens sein können. So hat es eine über die Lage des Arbeiters weit hinausgehende Bedeutung, wenn das „Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit" die Betriebsgemeinschaft als eine treugebundene innere Einheit erfaßt, in der seelische Werte, Ehre und schöpferisches Können zum ausschlaggebenden Grunde des Schaffens und als erhaltende, tragende Faktoren des Arbeitsplatzes konstituiert werden. Daß wir hier an einem Anfange stehen, ergibt die Lage. Um so notwendiger ist es, den Kern, zu dem die Neuordnung strebt, um so klarer herauszuschälen. Ein Rechtsdenken, das die Frage des Rechts aus der Lage der Störung einer lebendigen Ordnung begreift, wird dieses Ordnungseigen des Arbeiters als den Schutzgehalt zu erkennen haben. Wie beim Bauern, so sehen wir auch beim Arbeiter, daß der Begriff Eigentum durch die lebendige Ordnungsgestalt des Menschen erfüllt wird und keine Ordnungsgestaltung die wirkliche, schaffende, lebendige Persönlichkeit mehr im Mittelpunkt sah als die gegenwärtige.

Wie setzt sich nun dieses Ordnungsdenken in einem rechtstechnisch im Ich- und Formalbezug aufgebauten System durch? Am vorbildlichen Beispiel des Reichserbhofgesetzes ist hierfür dreierlei hervorzuheben:

1. Ersetzung des Ich-Bezugs durch den Ordnungsbezug im Wege der Einschränkung bisheriger Bestimmung und Ersetzung durch neue Bestimmungen. Alter Gesetzesgeltung wird neue Gesetzesgeltung entgegengesetzt. Das ist Ueberwindung des Rechtssystems mit ihm technisch entsprechenden Mitteln.
2. Lösung der Auslegung des neuen Gesetzes von dem übrigen Gesetzeskomplex überkommener Breite durch ausdrücklichen Verweis auf die einleitend im Gesetze zusammengefaßten Grundgedanken. Damit wird ein innerlich durch und durch anderes Denken dem hergebrachten Juristendenken entgegengesetzt.
3. Die Entscheidungen sind in Männer gestellt, die wirklich lebendige Beziehung zum bäuerlichen Lebenskreise besitzen. Damit ist der „Jurist" alten Schlages ausgeschaltet und ein neuer Typ, der Rechtswahrer, an dessen Stelle gesetzt.

§ 31.

Ist mit der gesicherten Aufrichtung des Ordnungsgehaltes Eigentum, die zutiefst an die germanische Odalverfassung anknüpft, auch bereits der Rechtsbegriff Eigentum geschaffen?

Unser Ansatz der Rechtsfrage, der seine Notwendigkeiten aus der als Rechtslage bezeichneten Lage Ordnung/Störung empfing, ergab zweierlei. Zum ersten stellt sich in ihm der Sinn rechtlichen Bemühens in dem diese Rechtslage überwindenden und darin auflösenden Vorgange dar, im Rechtsgange, und bindet den Rechtsbegriff an ihn, an

die Rechtsganggestaltung. Zum zweiten: der Rechtsbegriff vermag sich aus dem Rechtsgange nur aufruhend auf den Ordnungsbegriffen zu bilden; der Ordnungsbegriff, also etwa der Begriff eines Ordnungseigens, ist damit nicht gleichbedeutend mit dem Rechtsbegriffe. Diese beiden Erkenntnisse durchzogen die vorliegende geschichtliche Darlegung. Sie sind es, die auch die Aufgabe stellen; denn deren Umfang und Tragweite vermögen nur geschichtlich in Sicht zu geraten. Die geschichtliche Sicht brachte die unlösliche Verknüpfung von Ordnungsbild und Denkzusammenhang. Aus dem Wandel im Ordnungsbilde sprach jeweils ein Wandel der Geistesverfassung. So bot sich dem Rückschauenden der Vollzug des Ordnungswandels vorherrschend auf dem Grunde einer Verlagerung der Rechtsfindung von einem Aufruhen auf den Lebensgegebenheiten zur geistgeleiteten Versachlichung, die in fortschreitende Entwirklichung und Formalisierung des Denkens verfiel - der Schritt zum bloß Denkbaren in der Begriffsbildung. Mit diesem Umbruch geriet die Sprache wie die Ordnung in die ich-bestimmte und machtgerichtete Neufügung, ein Verhalt, dessen innerste Zusammenhänge durch die Forschungen von Ludwig Klages, wesentlich durch Aufweisung der Herkunft des Willens vom Geiste, aufgedeckt wurden. Das ließ den Rechtsbegriff Eigentum des herrschenden juristischen Systems in seinen Ursprüngen dort erkennen, wo durch die Machtordnung die Blutordnung abgelöst wird. Im Gegensatz zur entwickelten rechtsgeschichtlichen Lehre ergab sich die Notwendigkeit, eine Rechtsgeschichte des Begriffes Eigentum nicht erst dort anzusetzen, wo der Begriff Eigen auftaucht. Jener übliche Fehlansatz verwischt insbesondere die Kampfposition, die seitens der Träger des blutmäßigen deutschen Rechtes gegenüber der reinen Herrschaftsausrichtung des Rechtswesens eingenommen wurde; gerade hier vermögen wir den klarsten Aufschluß über die abgründige Gefahr zu erhalten, die mit den Bestrebungen einer rechtlichen Zentrierung zum Ich einhergeht. So wird uns die kämpferische Absicht und tiefe Weisheit eines Eike von Repgow erschlossen und wir vermögen erschüttert zu werden von dem jahrhundertelang verschütteten Wissen, das der letzte Satz des bedeutsamen Art. 42 im 3. Buche des Sachsenspiegels offenbart:

> Na rechter warheit so heuet egenscap begin von gedvange vnde von vengnisse vnde von vnrechter walt, die man von aldere in vnrechte wonheit getogen heuet, vnde nv vore recht hebben wel.

„egenscap" ist „Eigenschaft", das Wort, mit dem der entwickelten Rechtsgeschichte der Rechtsbegriff Eigentum erst faßbar wurde. Aus ihm vollzieht sich für unseren Betrachtungsgegenstand die Verdrängung der lebensgebundenen Ordnung. Es ist bemerkenswert, daß gegenwärtige Uebertragungen der angeführten Sachsenspiegelstelle „egenscap" mit Ausdrücken wie „Unfreiheit"[194]) oder „Leibeigenschaft"[195]) wiedergeben, Ausdrücken, die durchweg die Art der reinen, lebensgelösten Macht in sich tragen, ohne

daß die Wissenschaft für den Eigentumsbegriff die hieraus nötigen Folgerungen in Strenge zog. Uebertragen wir „egenscap" ruhig mit „Eigentum".

> Nach rechter Wahrheit kommt Eigentum von Zwang und Fang und unrechter Gewalt, die man seit langem in unrechter Gewohnheit großgezogen hat und nun für Recht ausgibt.

Wie billig ist es oberflächlichem Denken, das um die geschichtliche Position dieser Meinung des Eike von Repgow und seiner Blutsgenossen nicht weiß, hieraus eine „Eigentumsfeindlichkeit" herzuleiten. Das ist nur möglich aus der herkömmlichen Beschränktheit der Geschichte des Rechtseigentumes, die den Ansatz zum blutmäßigen Wissen nicht fand und überhaupt nicht auf den Gedanken kommen konnte, daß Eike dieses Wort für einen tieferen Eigentumsbegriff gesprochen hat.

Der Aufruf des deutschen Menschen leitet zu den verschütteten Lebenswahrheiten zurück. Seit Nietzsche ist in der deutschen Philosophie hierfür vieles vorbereitet. Die Wissenschaft steht vor der Unabweisbarkeit, aus dem Wissen, das außerhalb der Hochschule bereits in Wirksamkeit ist, neu zu werden. Daher galt es, aus den Ansätzen einer neuen Wissenschaftsauffassung philosophischer Besinnung den Gedanken als unumgänglich hervortreten zu lassen, daß die Jurisprudenz abzulösen ist durch tiefes Rechtswissen, das das Richten als den entscheidenden Lebensverhalt des Rechtes neu begreift und hieraus zu dem Rechtsbegriff gelangt, der dem deutschen Dasein gemäß ist. Hinsichtlich des Rechtsbegriffes vom Eigentum ist damit die Ordnungsgestalt des Einzelnen zur Grundlage geworden. Der Einwand, daß das germanische Recht die „Persönlichkeit" nicht gekannt habe, erledigt sich mit dem Hinweise auf die Rechtsformen des Kampfes, der Urteilsfindung, der Urteilsschelte, die insgesamt in einer arisch-ursprünglichen Achtung des Einzelnen ihre Herkunft haben, wie sie der Prozeß in gleich unverrückbarer Gültigkeit nirgends aufweist. Diese Ordnungsgeltung des Einzelseins war es, die überhaupt das Unternehmen, die Gewere als den Rechtsbegriff des Einzelseins dort zu entdecken, möglich machte. Daß das bloße Wort vom Einzelnen, das Rechtswort Eigentum, hierfür nicht Wegweiser sein kann, verschloß der entwickelten Rechtsgeschichte derartige Aufgaben. Sie wußte nicht darum, daß die Eigenart der Begriffsbildung, nur dort anheben zu können, wo ein lebensursprünglicher Verhalt gestört ist,[196]) den Rechtsbegriff des Einzelseins erst dann - wie es auf der Grundlage des subjektiven Rechtes mit dem Eigentumsbegriff geschah - zum Schwerpunkte des Rechtswesens zuläßt, wenn der Lebensverhalt des Wir-Seins in Ohnmacht geriet und seine ausrichtende Mächtigkeit verlor. Und so vermochte sie nicht zu bemerken, daß dort, wo das Wir mächtig ist, der Einzelne mit der Sprache des Wir erfaßt wird und der Begriff des Einzelseins gerade dort am lebensnahsten ist, wo es der Worte vom Einzelnen

in den Bereichen mangelt, die sich über das Einzelmenschliche erheben. So nur wurde die Gewere sichtbar und in ihr begriffstragend der Einzelne.

So kann Verständnis für das Ziel dieser Arbeit erhofft werden, deren Sinn es ist, *den Rechtsbegriff Eigentum in die große geschichtliche Reihe der Formen des Rechtsbegriffes vom Einzelnen zu stellen.* Hieraus wurde der Rechtsbegriff „Eigentum" eine Form, in der dem ich-gerichteten Denken, der Rechtsbegriff „Gewere" eine Form, in der dem Ordnungsdenken der Einzelne in Sicht geriet. Die *Aufgabe* nimmt daraus folgende Gestalt an: fortschreitend in dem Maße, in dem der neue deutsche Mensch den Rechtsgang auf sich auszurichten weiß, wird im Rechtsgange der Begriff des neuen deutschen Menschen, der im Bereiche des politischen Einsatzes bereits zu den Begriffen „politischer Mensch", „politischer Soldat", vorgedrungen ist, auf allen Gebieten ordnungsgeleiteter Sachgestaltung als *der dem deutschen Dasein gemäße Rechtsbegriff* entstehen.

Anhang

Eine Vorausschickung. Thibaut wendet sich gegen jene „beliebte juristische Methode des gewaffneten Vortrags, des reichlichen Allegierens consentierender Schriftsteller bey Sätzen, welche durch sich selbst klar genug bewiesen oder deutlich und unbestritten in den Gesetzen enthalten sind". Der augenfällige Typ unserer Dissertationen gibt ihm recht. Der Typ unserer Wissenschaftler ebenfalls. „Als ich einmal einem gewissen Mann meine Inaugural-Schrift überreichte," teilt Thibaut, Versuche II, Anhang S. 280, mit, „blätterte er sie vor meinen Augen von Seite zu Seite durch, suchte sorgfältig überall nach Noten und legte, da er nichts dergleichen fand, mein opusculum mit vieler Kälte beiseite". Diese Wissenschaftler haben sich erhalten und vermehrt; denn die entwickelte Wissenschaftsauffassung drängte dazu, in den technischen Apparat Uebergewicht zu legen. Das lag in ihr. Es ist zweifellos, daß eine Behauptung in ihrer Herkunft offen und unmißverständlich sein muß und daß der technischen Angabe hier ihre Rolle zuzuweisen ist. Darin liegt aber gleichzeitig auch deren Beschränkung. Wissenschaftlichkeit kann durch sie nie verliehen werden; denn sie ist in ihrem Rahmen nichts als Mittel. In unserer Lage kommt noch eins hinzu. Eine Arbeit, die angreift, schafft Kampfposition. Ein Angriff, der in weltanschaulicher Breite gegründet ist, scheidet Kamerad und Gegner aus Zusammenhängen, die die „Sach"grenzen nicht wahren. Soweit solche Scheidung von mir über die thematisch gestellte Frage hinaus doch als erforderlich beurteilt wurde, erscheint sie als Anmerkung. Die Anmerkungen wurden im ganzen als Anhang angefügt, um die durch sie üblicherweise bewirkte Zerbrechung sprachlichen Flusses auf das Unvermeidbare zu beschränken und mit Erhaltung sprachlichen Zusammenhangs die letzte Lebendigkeit schriftlicher Mitteilung nicht unnütz zu vermindern. Es ist nun dem Leser überlassen, an Stellen, die ihm fragwürdig sind, im Anhang Erweiterung zu suchen.

[1]) Ludwig Klages, Mensch und Erde, Jena 1929, S. 66: „Es ist die Eigentümlichkeit unseres . . . Verstandes, . . . sich beziehen zu müssen auf etwas im Zeitverlauf identisch mit sich Verharrendes." „. . . die bleibenden „Substrate", . . . um die wir das Wandelbare gruppieren müssen, wofern wir es eben – begreifen wollen."
Vgl. auch Freyer, Der Staat, Leipzig 1925, S. 29/30.

[2]) So übrigens auch Stammler, Handwörterbuch der Staatswissenschaften unter „Eigentum und Besitz", sowie Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1922, S. 51. Auf mehr als dieses Methodische beziehe ich den Vergleich mit Stammler nicht.

[3]) Indem wir dergestalt die Beziehung zwischen Ordnung und Einzelnem zugrunde legen, begehen wir nicht von vornherein den Fehler, eine Entgegensetzung Einzelner/Gemeinschaft zum grundlegenden Voraussetzungsgehalt zwischenmenschlicher Beziehung gemacht zu haben. Es ist keine Gegenüber-

stellung, kein Spannungsverhältnis gleichwertiger Pole, sondern eine Sonderung rein geist-methodischer Art, die unumgänglich ist. Die Aussage von Gleichwertigkeit ist in ihr nicht enthalten. Der Zusammenhang ergibt im Gegenteil unlösliche Bindung: Ordnung als existenzialen Befund des Einzelnen. Vgl. hierüber Prinzhorn, Festschrift für Klages, Leipzig 1932.

4) Nicolai Hartmann in „Deutsche systematische Philosophie nach ihren Gestaltern", herausgegeben von H. Schwarz, S. 289: „Man meint immer, Probleme seien doch Menschenwerk, es stehe doch in der Macht des Menschen, sie zu stellen oder nicht zu stellen. Wonach man nicht fragt, das geht einen nichts an; womit man nicht weiterkommt, das gibt man eben auf. Das klingt bündig und klar. Ganz anderes lehrt aber die Erfahrung, die das philosophische Denken in seiner Geschichte macht. Die Fragen drängen sich auf, ganz ohne Rücksicht auf Lösbarkeit und Unlösbarkeit. Weist man sie ab, so kehren sie in anderer Form wieder. Sie lassen dem Menschen keine Ruhe. Er kann sich nicht beliebig ihrer entschlagen. Es ist wie mit dem Stein auf dem Felde, den der Riese vergeblich in den Himmel wirft, daß er nicht auf der Erde liege; er fällt zurück, liegt immer wieder da."

5) O. Spengler, Untergang des Abendlandes, 1920, S. 10: „Natur ist die Gestalt, unter welcher der Mensch hoher Kulturen den unmittelbaren Eindrücken seiner Sinne Einheit und Bedeutung gibt. Geschichte ist diejenige, aus welcher seine Einbildungskraft das lebendige Dasein der Welt in bezug auf das eigene Leben zu begreifen und diesem damit eine vertiefte Wirklichkeit zu verleihen sucht. Ob er dieser Gestaltungen fähig ist und welche von ihnen sein waches Bewußtsein beherrscht, das ist eine Urfrage aller menschlichen Existenz." Sperrungen von mir. Vgl. auch S. 79.

6) Ernst Bertram, Nietzsche, 1919, S. 1.

7) Das räumt alle Besorgnisse aus, man wolle germanische Verhältnisse in die Vielfältigkeit des 20. Jahrhunderts stellen, übertragen. Nein – aber jene Haltung! Männer!

8) Fehr, Dtsch. Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 1925, S. 22. Huber, Die Bedeutung der Gewere im dtsch. Sachenrecht, Bern 1894, S. 82: „das naive Zeitalter."

9) Bereits Wilda, Strafrecht der Germanen, Halle 1842, S. 119, wendet sich gegen die Bemühungen von Rogge, „durch die Kinderunschuld der Germanen, die sie bewahrt haben, bis sie durch die engere Verbindung mit den Römern vergiftet wurden, . . . dieses alles zu erklären".

10) Klages, Vom Wesen des Bewußtseins, 1933, S. 12.

11) Ein Ausdruck von Nicolai Hartmann, Problem des geistigen Seins, 1933, z. B. S. 52.

12) Wie wohl Cassirer, E., Philosophie der symbolischen Formen I, 1923, S. 127, meint.

13) Klages, Der Geist als Widersacher der Seele, 1929, I, S. 217 ff.

14) Die sprachliche Verwandtschaft von „dingen" und „denken" ist nicht zufällig. Näheres siehe bei Pütter, Lehre vom Eigentum nach deutschen Rechten, Berlin 1831, S. 19 ff.

15) Für alle anderen: Huber, Die Bedeutung der Gewere im dtsch. Sachenrecht, Bern 1894, S. 6.

16) Gierke, Grundzüge des dtsch. Privatrechts, in Enz. Holtz.-Kohler, 1904, S. 481.

17) Besonders scharf setzt sich Gierke von der Meinung Albrechts ab im Dtsch. Privatrecht II, 1905, § 13 Anm. 9.

18) Gierke, Dtsch. Privatrecht II, 1905, S. 189. Sperrungen von mir.

19) Vgl. Gierke, Dtsch. Privatrecht II, 1905, § 113 Anm. 11.

20) Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, Königsberg 1828.

21) Heusler, Die Gewere, Weimar 1872, und Institutionen des dtsch. Privatrechts, Leipzig 1885. Vergleich beider ist schon deshalb notwendig, weil Heusler seine im ersteren niedergelegte Auffassung später z. T. stark revidiert hat.

22) Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, Bern 1894.

23) Gierke, Schuld und Haftung im älteren dtsch. Recht, Breslau 1910, S. 117.

24) Es gilt nicht, hierdurch eine Tendenz einzuleiten, Männer wie Gierke von vornherein und im ganzen verantwortlich in den Ursprung unseres Rechtssystems zu setzen. Es ist nicht zu verkennen, daß Gierke und Männer seines rechtswissenschaftlichen Typs die Bollwerke gewesen sind, die uns noch immer eine Dogmatik etwa Kelsenschen Typs in Gesetzesgeltung erspart haben. Bekannt ist Gierkes Haltung anläßlich der deutschen Kodifikation. Welcher Erfolg der germanistischen Rechtswissenschaft im ganzen wurde, sei mit maßgeblichem Urteil wiedergegeben: Herbert Meyer (Recht und Volkstum, Rektoratsrede Göttingen 5. 6. 1929, Neudruck 1933) faßt es so: „. . . ein, wenn auch nicht rein deutsches, doch immerhin nicht undeutsches bürgerliches Recht . . ." Diese Fassung „wenn auch nicht – doch immerhin" ist Symptom der Lage aller Germanistik gewesen. Gleichzeitig ist nicht zu vergessen, daß alles, was geschehener Abschwächung durch doktrinäre Bestrebungen getrotzt hatte und in Gesetzesgeltung umgesetzt wurde, durch die Art der Rechtsanwendung wieder neutralisiert wurde; denn diese gründete sich in rein rechtstechnischer Schulung des Juristenstandes. Zusammenfassend ist zu sagen: Es ist Männern wie Gierke zu danken, daß das Suchen der Rechtswissenschaft nach den Grundgehalten deutschen Rechts nicht abgerissen ist, und das reichliche Material, das uns ihre Tätigkeit in unvergänglich beispielhafter Forscheremsigkeit bereitgelegt hat, stellt gerade uns Jungen vor die Aufgabe tiefster Auseinandersetzung, aus der sich ergeben wird, wie weit Widerspruch überhaupt gültig standzuhalten vermag.

25) Zallinger, Wesen und Ursprung des Formalismus im altdeutschen Privatrecht, Wien 1898, S. 5.

26) Zallinger a. a. O. S. 1.

27) Huber a. a. O. S. 6.

28) Huber a. a. O. S. 8.

29) Man beachte, wie selbst ein Mann wie Chamberlain trotz seiner Erkenntnis der Ordnungsgrundlagen des römischen Rechts sich zu dem Urteil hinreißen läßt: „Es hat nie ein deutsches Recht gegeben, sondern lediglich ein Chaos von widerstreitenden rohen Rechten, ein besonderes für jeden Stamm." Hier ist nicht einmal der Erklärungsversuch aus späterem Denken gewagt. Nun war allerdings durch Chamberlain die Kennzeichnung des römischen und modernen Rechts als Technik als schlechthin gültig aufgefaßt worden, als Merkmal des Rechts überhaupt. Daraufhin war ihm der Zugang zum altdeutschen Recht von vornherein versperrt.

30) Albrecht a. a. O. S. 125.

31) Die „gewerte Hand" als Sinnbild mit Handschuh oder Fechtbinde deutet speziell auf reine Wehrlage, nicht schlechthin auf Herrschaftsbeziehung, als

deren Ausdruck sie gewöhnlich gedeutet wurde. Aehnlich bereits Pütter, Lehre vom Eigentum, 1831: „Besitz, insofern er verteidigt wird, eigentlich die Verteidigung selbst." Vgl. auch Hübner, Deutsches Privatrecht, 5. Aufl., S. 200.

32) Gerade im Rechtsgang finden sich stärkste Stützen unserer Gewere-Auffassung: Gewährenzug!

33) Sonderungen: hebbende, gemeine, ledigliche Gewere.

34) Die rechte Gewere, Institut späteren Mittelalters (Stobbe, Hdb. d. dtsch. Privatrechts I, 1871, S. 466 ff.; II, 1875, S. 23) stellt gröbste Verhärtung der Form dar. Die Trennung der Form vom Gehalt ist hier vollzogen. Trotzdem ist die Gleichstellung mit der usucapio des römischen Rechtes falsch, wie Stobbe (II, 1 S. 27) richtig hervorhebt.

35) Richtig Heusler, Inst. I, S. 68 ff.; hebt hervor, daß hier die Form „Plastik" besitze, die den Inhalt nicht verdecke, sondern gerade aufzeige.

36) Gierke stellt (Schuld und Haftung S. 123) in bezug auf die Haftung dar, daß die Gemeinwesentlichkeit eines Vorgangs die Kundmachungsform mit sich bringt.

37) Vgl. ideelle Gewere bei Gierke, Deutsches Privatrecht § 113, Anm. 30.

38) Aus der jetzt ziemlich allgemein angenommenen Hypothese, daß anfänglich jede Klage eine Deliktsklage gewesen ist (vgl. R. Bechert, Ztschr. Sav. RG. 47 S. 6; Herbert Meyer, Reallexikon der German. Altertumskunde unter „Eigentum" § 5 (betr. MA.): „Es gibt überhaupt keine Klagen aus dem Recht, sondern jede Klage ist ein Sichbeklagen um Unrecht") entnehme ich nur diese strenge Ausrichtung auf Störungslage. Der Terminus „Delikt" oder „strafprozessual" trübt bereits.

39) V. Puntschart, Die moderne Theorie des Privatrechts und ihre grundbegrifflichen Mängel, Leipzig 1893, S. 3.

40) In gleicher Weise, wie unsere rechtsgeschichtliche Forschung dem Begriffe „Eigen" nahezukommen wußte, blieb es ihr bei dem Begriffe „Gewere" versagt. Ich komme darauf im Text weiter unten (S. 39 ff. u. S. 73) zurück.

41) Aehnlich unter anderem Gesichtspunkt Chamberlain, Grundlagen, 4. Aufl. 1903, S. 121 ff.

42) Diese sprachlich unbewußt totale Gleichsetzung Eigentum = Herrschaftsverhältnis ist deutlich genug. Recht unmißverständlich ist auch die Darstellung bei J. W. Hedemann, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft 1927, 2, S. 166: „... daß jedenfalls das Eigentum ein Herrschaftsverhältnis darstellt. Der Eigentümer ist Herr. Und ihm steht ein Objekt, ein Wert gegenüber, der ihm untertan ist: mit der Herrschaft korrespondiert das Unterworfensein."

43) Vgl. J. Kohler, Enz. 1904, S. 24/25. Es gibt sogar einen Terminus „Individualeigentum" (Herbert Meyer im Reallexikon der German. Altertumskunde unter „Eigentum", § 7).

44) „Recht und Rede" von Ferdinand Frensdorff in „Historische Aufsätze, dem Andenken an Georg Waitz", 1886, S. 439.

45) Wer die Gewere nicht hatte, der konnte im Handeln den Wirksamkeiten der Ordnung nicht Fortgang geben. Genau wie jeder Friedensbruch die Wirksamkeit des Friedens für den Täter aufhob. Vgl. Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 267.

46) Vgl. Planck, Zeitschrift für dtsch. Recht, Bd. X, S. 207.
Wilda a. a. O. S. 133.

[47]) Zur Entgegensetzung sachlich-unsachlich vgl. A. Baeumler, Männerbund und Wissenschaft, 1934, S. 96, 101, 103.

[48]) Eine Ausräumung des Begriffes „dinglich" ist nicht mehr notwendig, da er mit dem Begriffe Berechtigung, auf den er sich bezieht, gefallen ist. Zur Erweiterung des Gesamtbildes sei aber auch auf seine „Entwicklung" hingewiesen. Er ist urdeutschen Ursprungs. Pütter (Lehre vom Eigentum), auf den ich im übrigen verweise, gibt Auskunft: „Dinglich" ist gebunden an den Dingschutz, es ist vom Ding abgeleitet, es ist, mit unseren Worten, eine Art der Dingsetzung, der Ordnungssetzung, die es als Eigenschaft ausdrückt; im weiteren Verlauf geschieht die Ordnungslösung dieses Begriffes, und an die Stelle des Ordnungsbezuges tritt der Einzelbezug, der „(vom Eigentümer vorher=) bestimmte Zweck" (S. 27).

[49]) Ferd. Frensdorff a. a. O. S. 440.

[50]) Was nützen solche Erkenntnisse, wenn man in der rechtsgeschichtlichen Forschung mit ihnen nicht unerbittlich ernst macht. Welchen Sinn sollen wir nachfolgender Aeußerung Heuslers zumessen, da auch er sich dem Geschichtlichen kaum zu nähern vermochte (Institutionen I, S. 5): „Es kann vielleicht unserer heutigen Jurisprudenz im ganzen der Vorwurf gemacht werden ..., daß sie in der genauen Feststellung der Rechtsbegriffe und in der konsequenten logischen Entwicklung der Rechtssätze die Rechtsidee zu erschöpfen glaubt, dagegen der Untersuchung der Kräfte, die sie in Bewegung und Tätigkeit setzen, aus dem Wege deht ..." Das „Vielleicht" von Heuslers Vorwurf entspricht den geschichtlichen Ergebnissen seiner Forschung. Gerade er ist es, der an anderer Stelle seine Aufgabe gerade in der „systematischen" Darstellung der Gewere (Gewere, S. VI) sieht. Ueber Albrechts Ergebnisse urteilt er, wiederum kennzeichnend für das Trennende zwischen beiden Männern: „Verfahrenheit der Doktrin."

[51]) Vgl. Nicolai Hartmann, Problem des geistigen Seins, 1933, S. 429.

[52]) Th. A. von Renteln, Die neue Wirtschaft, Heft 6, Juni 1934, über „Gemeinschaft und Führertum".

[53]) Kurt Seesemann, „Universalismus und Individualismus" in der Festschrift für L. Klages, herausgegeben von H. Prinzhorn, 1932, S. 210.

[54]) Ueber den Bedeutungswandel von „gemein" vgl. von Renteln a. a. O.

[55]) Schlachtordnung: bryndinc; Gericht: teiding.

[56]) Sperrung von mir.

[57]) S. 122.

[58]) Baeumler, Das akademische Männerhaus, in Männerbund und Wissenschaft, Berlin 1934, S. 42.

[59]) Vgl. für das folgende: Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des Dtsch. Rechts, Göttingen 1835, I, S. 99 ff.
Vgl. auch Lamprecht, Dtsch. Geschichte, Urzeit und Mittelalter, 4. Bd., 1920, S. 243/244.

[60]) Der geistesgeschichtliche Zusammenhang, in dem die jüdische Emanizipation sich befindet, ist den Juden immer bekannt gewesen. „Die Emanizipation der Juden war kein Geschenk, das sich zurücknehmen läßt, sondern eine logische Folge der Erklärung der Menschenrechte." (Alph. Levy, Geschichte der Juden in Sachsen, Berlin 1900, S. 3.) „Ist es doch eine unumstößliche Wahrheit, daß die wechselnden Geschicke der Juden kennzeichnend sind für die Stufe der Kultur, auf der die Völker stehen, unter welchen sie leben." Jetzt wissen wir, warum sich plötzlich die Deutschen wieder zu „Barbaren" zurückentwickeln! Das Kulturbarometer Judentum schlägt bei ihnen nicht aus.

[61]) Ich verweise nur auf ALR. § 137 II 18, wonach Christen nicht für Nichtchristen und diese für jene nicht zu Vormündern bestellt werden konnten. An die Stelle dieser Bestimmung trat weiter abschwächend die gute Ermahnung des § 19 II der Vormundschaftsordnung vom 5. 7. 1875: „Bei der Auswahl des Vormunds ist auf das religiöse Bekenntnis des Mündels Rücksicht zu nehmen."

[62]) Ueber die Dingpflicht vgl. Planck, Das Deutsche Gerichtsverfahren im MA., Braunschweig 1879, I, S. 51 ff.

[63]) Mon. Germ. Leg. Sect. I, S. 217.

[64]) Mon. Germ. Leg. Sect. I, S. 115.

[65]) Vgl. auch Heinrich Glitsch, Der alamannische Zentenar und sein Gericht, S. 13, 46. Der Umbruch des Gerichtsverfahrens durch Karl d. Fr. wird sehr deutlich bei Siegel, Geschichte des Dtsch. Gerichtsverfahrens, Gießen 1857, I, S. 30 ff.

[66]) RGZ. 23/219.

[67]) Sie ruhte auf totaler Lebenseinheit, „Die Geschlechtsgenossen, die zugleich Dorfgenossen sind, stehen im Kriege in einer Schar zusammen. Daher heißt noch heute im Nordischen ein Truppenkorps ‚thorp', und in der Schweiz gebraucht man ‚Dorf' für ‚Haufe', ‚dorfen' für ‚Versammlung halten' – ja unser Wort ‚Truppe' ist desselben Stammes und bewahrt, mit den Franken zu den Romanen fortgetragen und von dort zu uns zurückgewandert, eine Einnerung an die Verfassung unserer Urväter aus Zeiten, zu denen keine schriftliche Urkunde heraufreicht. Die Schar, die zusammen in den Krieg zog, und die sich zusammen ansiedelte, war dieselbe: deshalb ist aus demselben Wort eine Bezeichnung für einen Wohnplatz, Dorf, und für Soldaten, Truppe, entstanden. (Vgl. Braune, Zeitschr. für roman. Phililog. XXII, S. 212.)" So Hans Delbrück, Geschichte der Kriegskunst im Rahmen der politischen Geschichte, 1902, S. 27.

[68]) Heute würde man derartiges stärkstes Recht nennen – nicht Pflicht. Ssp. II 12 § 1 sagt aus, daß in peinlichen Sachen ein Mann nicht über seinen Herrn, Lehnsmann oder Freund Urteil finden muß. Wohl kann er es. Er darf sich aber entschuldigen. Heute ist er von vornherein im Wert seiner Aussage in solchen Fällen gemindert. Es wird von vornherein sein gerechter Wille geleugnet. Das ist die allgemeine Atmosphäre des Mißtrauens. Man vergleiche einmal die Uebertragungen dieser Sachsenspiegelstelle. Ich greife zwei heraus. Jacob Friedrich Ludovici übersetzt 1750: „Urtel mag ein Mann nicht finden über ...", G. Rotermund überträgt: „über ... soll man ... nicht Urteil sprechen". Die Stelle heißt in der Ausgabe Homeyer: „Ordel ne mvt en man ok nicht finden over ..."

[69]) Pütter hebt den Unterschied zwischen fränkischer und sächsischer Rechtsentwicklung a. a. O. hervor.

[70]) Ein Ausdruck von Forsthoff, Der totale Staat, 1933.

[71]) Hans Delbrück, Geschichte der Kriegskunst im Rahmen der politischen Geschichte, 1907, 3. Teil, S. 4: „Die Anfänge der Vasallität sind schon im ersten Jahrhundert des merowingischen Königtums sichtbar, noch unter Karl d. Gr. aber ist das Volksaufgebot staatsrechtlich und der Form nach vorhanden, erst unter seinen Enkeln ist es völlig abgestorben, und das Kriegswesen beruht ausschließlich auf der Vasallität." Nicht nur das Kriegswesen – die Ordnung im ganzen! S. 3: „Im fränkischen Reich war in der mit der Gutsleihe verbundenen Vasallität, dem Lehnssystem, die Form gefunden worden, den Kriegerstand dauernd brauchbar zu erhalten." An die Stelle der ausnahmslosen Blutauslese trat zweckgebildetes System. „Der fränkische Krieger . . .

ist also ganz etwas anderes als der Krieger der germanischen Urzeit . . . Das karolingische Kriegertum ist e i n S t a n d, der einen kleinen, sehr kleinen Bruchteil der gesamten Volksmenge ausmacht . . ."

72) Ueber die Kirche als Männerbund vgl. A. R o s e n b e r g, Mythus, 10. Aufl., S. 160.

73) H e g e l, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Ausgabe G a n s, Berlin 1833, S. 22: „Die Philosophie hat es mit Ideen, und darum nicht mit dem, was man b l o ß e B e g r i f f e zu heißen pflegt, zu thun, sie zeigt vielmehr deren Einseitigkeit und Unwahrheit auf, so wie daß der B e g r i f f . . . allein es ist, was W i r k l i c h k e i t hat, und zwar so, daß er sich diese selbst giebt. Alles, was nicht diese durch den Begriff selbst gesetzte Wirklichkeit ist, ist vorübergehendes D a s e y n, äußerliche Zufälligkeit, Meinung, wesenlose Erscheinung, Unwahrheit, Täuschung . . ."
R. v. J h e r i n g, Der Zweck im Recht, Leipzig 1877, S. 9: „. . . Leben ist praktische Zweckbestimmung der Außenwelt auf das eigene Dasein."

74) S a v i g n y, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1840, S. 11 ff.
Kritik von Anders Vilhelm L u n d s t e d t, „Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft", I. Bd., 1932, S. 150, Anm. 1.

75) Wie unglücklich von dort aus der Angriff auf H e g e l ausfallen mußte, zeigt S t a h l, Rechts- und Staatslehre, 1845, S. 174 ff.

76) Friedrich Ludwig B e r n h a r d, „Ueber die Restauration des deutschen Rechts, insbesondere in Beziehung auf das Grundeigenthum", München 1829, bey Anton W e b e r, S. 11/12.

77) E. S c h i f f e r, „Sturm über Deutschland", 1932, S. 161, stellt fest, „daß die Seßhaftigkeit, in der die Voraussetzung für einen verinnerlichten Begriff der Gemeindezugehörigkeit liegt, beinahe verschwunden ist".

78) Martin H e i d e g g e r, „Sein und Zeit", 1. Hälfte, 3. Aufl., Halle 1931, S. 126 ff.

79) A. B a e u m l e r, „Das akademische Männerhaus" in „Männerbund und Wissenschaft", Berlin 1934.

80) Friedrich v o n S c h i l l e r, „Uebersicht des Zustandes von Europa zur Zeit des ersten Kreuzzuges", Fragment.

81) Vgl. Hans F r e y e r, „Der Staat", Leipzig 1925, S. 15.

82) Wer hieraus eine „Untertänigkeit" der Frau ableiten zu können glaubt, möge von Herbert M e y e r, „Friedelehe und Mutterrecht", Ztschr. d. Sav. RG. German. Abteil., S. 234, zur Kenntnis nehmen, woher die Herrschaftslage auch in das Eherecht getragen wurde: die „christlich-kirchlichen, aus dem mosaischen Recht übernommenen Anschauungen über das Verhältnis zwischen Mann und Frau: Er soll Dein Herr sein" haben die spätere eherechtliche Struktur zu verantworten.
Ich verweise nachdrücklich auf Hans N a u m a n n, „Germanischer Schicksalsglaube", Jena 1934, S. 50 ff. Verfasser geht von der überkommenen Rechtsauffassung aus, daß die Frau „rein gesetzmäßig nur Sache und Eigentum war". Gerade bei ihm zeigt sich aber die Ungeschichtlichkeit dieser Rechtsauffassung. Niemand stellt schärfer als er diesem „Recht" die „Sitte" gegenüber. Die Frau „war Königin, wenn der Mann König war, nicht Haremsdame; sie war Bäuerin, wenn der Mann Bauer war, nicht Magd". Wir sehen den Widerspruch zwischen Recht und Sitte nicht mehr nach dem Nachweis, daß dem germanischen Recht die Berechtigungsausrichtung durch und durch fremd war.

[83]) Friedrich von Schiller a. a. O.: „Ein Landgut und ein Schwert, ein freier Mann und eine Lanze galten für unzertrennliche Dinge."

[84]) Paul Laband, „Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters", Königsberg 1869, S. 165.

[85]) Vgl. Sächs. Lehnr. Art. 14 § 1; Richtst. Landr. c. 26 § 6; Blume von Magdeburg, I, 167.

[86]) Ueber die Bedeutung des Zinses vgl. Arnold, Zur Geschichte des Eigentums in den dtsch. Städten, Basel 1861, S. 5.

[87]) Chamberlain, Grundlagen des 19. Jahrhunderts, IV. Aufl. München 1903, S. 712.

[88]) Jacob Burckhardt, Die Kultur der Renaissance in Italien, I. Bd., 10. Aufl. 1908, S. 141.

[89]) Arnold a. a. O. S. 2.

[90]) Dernburg, Pandekten, 1888, S. 5, Anm. 2: „Für das römische Recht waren vorzugsweise die Fürsten und die landesrechtlichen Diener sowie die Städte; gegen dasselbe, wenn auch keineswegs einmütig, Adel und Bauern." Das Land mußte schon deshalb ganz zwangsläufig gegen das römische Recht sein, weil dieses eine organische Gemeinde, wie sie ein Dorf noch in gewissem Sinne ist, nicht kannte (vgl. I 30, D. L. 1). Vgl. auch Delbrück, Geschichte der Kriegskunst im Rahmen der politischen Geschichte, 1902, S. 27/28. Nachweis, daß die Römer für die germanischen Siedlungen keine passenden Worte besaßen und zu Umschreibungen greifen mußten.
Seitens der Herrscher war die Vorliebe für das römische Recht deshalb so groß, weil dieses ihre Machtposition glänzend zu unterbauen verstand. Ueber die Herrscher begann ja auch zweifellos die Invasion, wie sich überhaupt alle fremdrassigen Einflüsse über sie leichter Eingang zu verschaffen wußten. Gegen sie waren die Städte anfänglich noch abgeschlossene Orden. Marezoll, Ueber die bürgerliche Ehre, S. 382, erwähnt, daß die Reichsgesetzgebung es war, die gegen die strenge Auslese der Städte gegenüber fremdem Zuzug einschritt.

[91]) Stintzing, Geschichte der Rechtswissenschaft, 1880, S. 3 ff.
Woltmann, Die Germanen in Frankreich, S. 50: „Doch hielt sich das burgundische Recht sehr lange, noch bis ins 11. Jahrhundert, obgleich schon unter Ludwig dem Frommen der Bischof Agobard vergeblich die Aufhebung verlangt hatte."

[92]) Stobbe, Handb. des dtsch. Privatrechts, II 1, 1875, S. 29.

[93]) Sohm, Institutionen des nömischen Rechts, 1899, S. 44 ff.

[94]) Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen, 1869, S. 10, hebt den Verfahrensunterschied besonders scharf hervor. Aus ihm wird klar, daß der Verfahrenswechsel sich nicht nur im Wechsel des Bezuges von der Ordnung nun zum Einzelnen erschöpfte, sondern daß das Wesen des Verfahrens jetzt innerlich ganz anders war. „Jede Klage des heutigen Rechts ist bekanntlich zurückzuführen auf einen logischen Syllogismus. Den Obersatz bildet eine Rechtsnorm oder vielmehr die Summe des gesamten objektiven Rechtes, welches zur Entscheidung des Prozesses zur Anwendung zu bringen ist; den Untersatz die Geschichtserzählung, d. i. das faktische Material des Falls; den Schluß bildet der Klageantrag. Die Klage des mittelalterlichen deutschen Prozesses hat diese Struktur eines logischen Syllogismus nicht."

[95]) S. 1/2.

[96]) Thibaut hatte ein gutes Gefühl dafür. Vgl. Versuche, 7. Abhandlung, S. 157 ff.

97) Jacob Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, Göttingen 1881, S. 491.

98) Pütter a.a.O. S. 37 ff.

99) Ausdruck bei Gerber, System des Deutschen Privatrechts, 15. Aufl., 1886, S. 143.

100) Schnürer, Kirche und Kultur im Mittelalter, Paderborn 1929, III, S. 4.

101) ALR. 8 I 16: „Das Eigentum einer Sache ist geteilt, wenn die darunter begriffenen Rechte verschiedenen Personen zukommen."

102) Thibaut, Versuche, 2. Teil, 3. Abhandlung, S. 77.

103) Die Unterscheidung Merks: germanisches Eigentum als beschränktes, römisches Eigentum als unbeschränktes ist alt. Vgl. z. B. Herbert Meyer im Reallexikon der German. Altertumskunde, § 4 (unter „Eigentum"). Daß diese Unterscheidung im Denken überhaupt ihre Fehlerquelle hat, weise ich weiter unten im Text nach.

104) Siehe Anmerkung 76.

105) A. a. O. S. 37 ff., 43 ff.

106) Gierke, Dtsch. Privatrecht 1905, II, 372/73.
Ich verweise bei dieser Gelegenheit auf den Schriftsteller Heinrich Hauser, in dessen Werke „Wetter im Osten", Diederichs, Jena 1932, zweierlei sehr lebendig hervortritt: 1. Der Wandel der Ordnung, der Weg vom Ritter zum Rittergutsbesitzer (S. 162), 2. Entstehung der Landarbeiter aus den sog. Bauernbefreiungen (S. 177).

107) Vgl. Freyer, Der Staat, S. 163.

108) Tiefe Einblicke in den Zusammenhang Mensch/Lebensraum gibt Kurt von Boeckmann, „Vom Kulturreich des Meeres, Dokumente zur Kulturphysiognomik", Berlin 1924. Er selbst hebt hervor, daß wir mit diesen Zusammenhängen nicht bis zur letzten Tiefe vorstoßen. In dieser Beschränkung vermag uns die Sonderung und Entgegensetzung der Lebensräume Land/Meer viel Aufschlüsse zu geben. Ich zitiere seine in unseren Betrachtungswinkel sich gut einfügende Deutung Gotik/Barock, wobei ich besonders auf den Ansatz hinweise, aus dem sie erfolgt: „Aber während die Kultur der Südsee durch die insulare Zersplitterung ihrer räumlichen Grundlage überhaupt nur als extreme Meereskultur entstehen kann, und diejenige des mittelländischen Raumes durch die geringe landschaftliche Tiefe des Küstengürtels sehr bald gleichfalls stark unter marine Einflüsse gestellt wird, erwächst die westeuropäische Kultur in einem Raum von weit größerer Tiefe und Gesamtausdehnung, hat sie zudem durch ihre Randlage am eurasiatischen Kontinent auch noch die Möglichkeit gehabt, auf terrestrische Gebiete von mächtiger Tiefe (Mitteleuropa - Zentralrußland) überzutreten und dort ihren Kraftüberschuß abzulagern. Dies bedeutet aber, daß die westeuropäische Kultur jahrhundertelang durch die Bewältigung des eigenen terrestrischen Raumes in Anspruch genommen wird. So entstehen die großen Schöpfungen ihrer Früh- und Blütezeit (Romantik und Gotik) als vorwiegend terrestrische, eng mit den westeuropäischen Landschaften verbundene Bildungen, in denen sich marine Motive nur als Anregungen aus dem mittelländischen Kulturraum, nicht aber als Einströmungen aus dem eigenen, atlantischen Meeresgebiet erkennen lassen. Die westeuropäische Kultur bleibt bis zum Ende des 15. Jahrhunderts, d. h. nahezu 700 Jahre lang, atlantisch passiv. In diesen 700 Jahren aber hat sie ihren Raum nicht nur erfüllt, sondern auch bezwungen und damit erschöpft. Am Ende der Gotik enthält dieser Raum nichts mehr, was einer Kultur von Rang als Aufgabe genügen kann. So greift die westeuropäische Kultur um 1500 nicht etwa zögernd, sondern, bezeichnend genug, mit raschen,

stürmischen Griffen (Tempo der Weltentdeckungen) auf die Meere hinaus. Die Gotik war noch eine typisch terrestrische, tief in der Landschaft verankerte Schöpfung, der mit den großen Entdeckungen einsetzende Barock aber zeigt schon marine, kosmopolitsche Züge und das Merkmal einer Ablösung von der Landschaft. Ein fränkisches Bauernhaus, ein romanisches Kloster und eine gotische Burg empfinden wir noch als Bestandteile der Landschaft, eine Barockkirche aber als Denkmal." (S. 359/360.) So weit der Blick, der die Lebensräume des Menschen im ganzen zu erfassen vermag, ist, es treten doch stark die Grenzen hervor, die einer nur hierauf eingestellten Betrachtung von vornherein gesetzt sind. Ohne den Ansatz eines Klages können wir auch hier nicht bis zur letzten Tiefe vordringen. Und auch dieser Ansatz dürfte erst in einem rassegeleiteten Denken fruchtbare Ergebnisse liefern und verpflichten.

109) Hans Freyer, Der Staat, 1925, S. 18.

110) Stintzing, Geschichte der dtsch. Rechtswissenschaft, 1880, S. 2: „Wie der Untergang der Hohenstaufen einen Wendepunkt im deutschen Kulturleben, so bezeichnet der Sachsenspiegel den Abschluß der produktiven Periode des nationalen Rechts."

111) Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797, I. Teil der allg. Rechtslehre I, § 1.

112) Kant a. a. O. Einleitung § C,

113) Alfred Rosenberg, Vorwort zu Treitschke, Dtsch. Geschichte, im Safari-Verlag 1934, S. XII.

114) Pütter a. a. O. S. 44.

115) Ueber die geist-methodische Unerläßlichkeit der Sonderungen Einzelner/Gemeinschaft und ihre Gefahren, hier besonders interessierend die Behandlung der Gemeinschaft, „als ob sie ein Individuum sei", vgl. Hans Prinzhorn, „Gemeinschaft und Führertum, Ansatz zu einer biozentrischen Gemeinschaftstheorie" in „Wissenschaft im Scheidewege von Leben und Geist", Festschrift für Ludwig Klages, 1932, S. 179 ff.

116) Wilhelm von Humbold, „Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen". Ges. Werke, Berlin 1841, VII. Band.

117) Eduard Spranger, „Hochschule und Staat" in „Der Staat, eine Schulungswoche der Deutschen Studentenschaft", S. 135.

118) Eduard Spranger, „Lebensformen, Geisteswissenschaftliche Psychologie und Ethik der Persönlichkeit", 1927, 6. Aufl., S. 122.

119) Sperrung von mir.

120) W. v. Humbold a. a. O. II. „Betrachtung des einzelnen Menschen und der höchsten Endzwecke des Daseins desselben" am Ende.

121) V. Puntschart, „Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des Römischen Privatrechts", 1885, S. VI/VII, Sperrung von mir.

122) Anders Vilhelm Lundstedt, „Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft", 1932, S. 120.

123) Dernburg, Das bürgerliche Recht, § 41. Sperrung von mir.

124) Dernburg, Pandekten, 2. Aufl., 1888, I, S. 42.

125) Vgl. hier im Text S. 54.

126) Kant a. a. O. § 17.

127) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1833, § 44.

128) Hegel a. a. O. § 45.

129) Ein Neuhegelianer unter den Rechtswissenschaftlern, Josef Kohler, drückt es so aus: „Das Eigentum ... beruht darauf, daß das Rechtssubjekt seine schöpferische Tätigkeit in die Sache gelegt und dadurch die Sache mit sich selbst verknüpft, mit einem Stück seines eigenen Wesens erfüllt hat." (Deutsches Patentrecht, 1878, S. 1). Das ist wie eine Mischung Kant/Hegel! Es ist übrigens auffallend, daß Kohler später das Eigentum ausdrücklich - fast untergeordnet - im Anschluß an den Besitz, den er aus der Friedensordnung ableitet, darstellt. Vgl. Enz. d. Rechtswiss. Holtz.-Kohler, I, 1904, S. 600 ff.

130) Hegel a. a. O. § 40.

131) So ist in Hegel die Entwirklichungstendenz des Naturrechts vollendet worden. Der behauptete innere Gegensatz zwischen beiden (vgl. Kohler, Enz. I, S. 4 und 11 unten) besteht nicht.

132) Chamberlain, Grundlagen, 1903, S. 125.
Die Geisturspünglichkeit des entwickelten Rechtssystems ist es, die durch die ziemlich auf den gleichen Punkt hinauslaufenden Bezeichnungen als „Technik" (Chamberlain) oder als „unwissenschaftlich" getroffen wird. Chamberlain, S. 157: „Technik ..., weder reine Wissenschaft, noch reine Kunst." Lundstedt: „Unwissenschaftlichkeit."

133) So ausdrücklich Hermann Heller, Hegel und der nat. Machtstaatsgedanke, 1921, Einleitung.

134) Alfred Baeumler, Vorlesung am 17. 5. 1933, im Nachrichtendienst der Deutschen Studentenschaft vom 27. 5. 1933, Ausg. B, Nr. 5, Teil II.

135) Hans F. K. Günther, Verstädterung, 1934, S. 26.

136) Die materialistischen bis hin zu den marxistischen Tendenzen sind auf demselben Wege. Das Tatsächliche, Stoffliche, Gegenständliche ist Entgegensetzung aus Geistbestimmtheit. Auch der anfängliche staatliche Ansatz war gleich dem bürgerlichen; vgl. z. B. Lassalle, Verteidigungsrede „Die Wissenschaft und die Arbeiter", 1863, S. 21: „Zweck des Staates ...: Durch die Staatsvereinigung die Einzelnen in den Stand zu setzen, solche Zwecke und eine solche Stufe des Daseins zu erreichen, die sie als Einzelne niemals erreichen könnten." Der Umschwung des russischen Kommunismus zum Staatskapitalismus liegt in gleicher Linie.

137) Savigny; Arndts; Puchta; Wächter; Bethmann-Hollweg; Heusler; Stobbe; Hartmann; Martin Wolff. Vgl. Anm. 145.

138) Bruns. Vgl. Anm. 145.

139) Randa. Vgl. Anm. 145.

140) Windscheid. Vgl. Anm. 145.

141) Dahn. Vgl. Anm. 145.

142) Leist. Vgl. Anm. 145.

143) Pagenstecher. Vgl. Anm. 145.

144) Ihering. Vgl. Anm. 145.

145) Nähere Angaben bei V. Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse, S. 110, Anmerkung 1.

146) Brinz, Pandekten, 2. Aufl., I, 2, S. 470.

147) Karl Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, 1872.

148) Weimar 1878.

149) S. 228.

150) Vgl. Abschnitt IV, S. 218.

151) Otto Lenel, Ueber Ursprung und Wirkung der Exzeptionen, 1876.

152) Daher löst Thon den Genuß, das Ich-Ziel, aus dem Inhalte des Rechts heraus. Vgl. VI. Abschnitt.

153) Jellinek, Allg. Staatslehre, Berlin 1905, S. 132.

154) Diese Sicherheit gilt nicht etwa für das Staatsrecht überhaupt: auch hier macht es sich mancher recht einfach. Da z. B. W. Heering (Staatsbürgertum und Staatsbürgerkunde, 1931, S. 59) im Erkennen des Wesens des Staates „eine Aufgabe" sieht, „an der sich die Menschen von alters her immer und immer wieder versucht haben", hält er es für „vermessen, selbstforschend und -untersuchend an unsern Gegenstand heranzutreten". Er begnügt sich mit einer Prüfung gegebener Antworten, um unter ihnen zu wählen - als ob eine „Prüfung" möglich wäre, ohne selbst ursprünglich in Tiefe anzusetzen! Hinter solcher Bescheidenheit, die oft begegnet, tarnt sich Ausweichen. Das Urteil über diesen Heering (und alle seines Schlages) hat schon Thibaut bereitgelegt: „... Die Philosophie muß dem Rechtsgelehrten teuer bleiben, wenn ihm die Cultur und Vollendung seiner Wissenschaft möglich sein, wenn eine gewisse kraftlose Oberflächlichkeit und Mangel an Schärfe und Penetration des Geistes sich nicht überall unter dem erborgten Gewande einer genievollen Leichtigkeit im Denken einschleichen, nicht allgemein für Geist und Helle des Verstandes gehalten werden sollen ..." 9. Abhandl. in Versuchen über eine Theorie des Rechts.

155) Sehr deutlich: Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtlehre, 1911, Vorrede, S. VIII ff.

156) Heidegger, Sein und Zeit, 3. Aufl., 1931, S. 126 ff.

157) Das Naturrecht hat sich in gleicher Weise abgenutzt wie die kirchlich-dogmatisch-doktrinäre Richtung im deutschen religiösen Leben; so sehr die Entwicklung auch Gegenpositionen zeigt - die Ebene war gleich. Ueber den Zusammenhang beider findet sich bei einem Kirchenrechtstheoretiker frischester Gegenwart ein offenes Wort: „In der Naturrechtslehre hatten die Kirchenväter das Mittel gefunden, um zu den staatlichen und sozialen Fragen Stellung zu nehmen." (Otto Schilling, Der kirchliche Eigentumsbegriff, Freiburg i. B. 1930, S. 22.)

158) Es ist übliche Behauptung, „daß die Naturrechtsjuristen die Rechtskunst durch die bisher fehlende Systematisierung und feine Begriffsbildung erst zum Range einer Wissenschaft erhoben haben". A. Manigk im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilos., XIX. Band, Heft 3. S. 400.
Ueber die Herausstellung des „An-Sich", als wäre es Wirklichkeit, vgl. A. Rosenberg, „Der Mythus des 20. Jahrhunderts", 3. Buch, IV, 4.
Ein wesentlicher Angriff auf den Trieb der Jurisprudenz, die Fiktion des „An-Sich" als Wirklichkeit zu nehmen, geschah in Vaihingers „Philosophie des Als-ob". Die Jurisprudenz wehrte sich gegen diesen gut fundierten Angriff: vgl. Kelsen in den Annalen der Philosophie, I, S. 630 ff.

159) Sperrung von mir.

160) Letzte Sperrung von mir.

161) Hier tritt in unverhüllter Deutlichkeit hervor, daß Bürger und Marxist denkmäßig auf einer Ebene stehen, innerhalb der sie, nur von verschiedenen Enden, zur Kampfposition gelangen. Vgl. auch Nicolai Hartmann, Problem des geistigen Seins, S. 11.

162) Man beachte einmal, an welchen Stellen und in welcher Häufigkeit die Sprachwendung, daß etwas nur so oder so „denkbar" sei, sich bei den rechtswissenschaftlichen Schriftstellern findet. Zuerst ist es mir bei Binding aufgefallen.

[163]) Heidegger, Die Selbstbehauptung der deutschen Universität, Rektoratsrede, Freiburg i. B. 27. 5. 1933, S. 13.

[164]) „Das Urteil - das ist der Glaube: „Dies und dies ist so." Also steckt im Urteil das Geständnis, einem „identischen Fall" begegnet zu sein: es setzt also Vergleichung voraus, mit Hilfe des Gedächtnisses. Das Urteil schafft es nicht, daß ein identischer Fall da zu sein scheint. Vielmehr es glaubt, einen solchen wahrzunehmen; es arbeitet unter der Voraussetzung, daß es überhaupt identische Fälle gibt. Wie heißt nun jene Funktion, die viel älter, früher arbeitend sein muß, welche an sich ungleiche Fälle ausgleicht und verähnlicht? . . . - Bevor geurteilt wird, muß der Prozeß der Assimilation schon getan sein: also liegt auch hier eine intellektuelle Tätigkeit vor, die nicht ins Bewußtsein fällt, wie beim Schmerz infolge einer Verwundung. Wahrscheinlich entspricht allen organischen Funktionen ein inneres Geschehen, also ein Assimilieren, Ausscheiden, Wachsen usw.
Wesentlich: . . . vom Leib ausgehen und ihn als Leitfaden zu benutzen. Er ist das viel reichere Phänomen, welches deutlichere Beobachtung zuläßt. Der Glaube an den Leib ist besser festgestellt als der Glaube an den Geist." Wille zur Macht 532.

[165]) Baeumler, „Nietzsche, der Philosoph und Politiker," Reclam 1931, S. 35.

[166]) Gern werden Männer des Typs Justus Möser als Romantiker von vornherein ausgeschaltet. Und doch stand keiner mit festeren Füßen auf der Erde als gerade er.

[167]) Vgl. Baeumler a. a. O. S. 16 ff.

[168]) Nachlaßstelle, vgl. auch Baeumler a. a. O. S. 35.

[169]) Eckehard: „Kurz gesagt, alles, was die Seele irgend aufzubringen vermag, das soll zusammengefaßt sein in die einfache Einheit des Willens: und der Wille soll sich verwerfen an das höchste Gut, und an dem haften unentwegt."

[170]) Das scheint mir bei Carl Schmitt nicht genug hervorzutreten. „Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens", 1934. Es ist zu hoffen, daß in der Rechtswissenschaft durch diese Schrift die ganze Problematik einmal in der Tiefe in Fluß gebracht wird, die ihre bisherigen erkenntnismäßigen Voraussetzungen zu erschüttern vermag.

[171]) Hermann Wirth: „... jenes nicht kodifizierte Wissen um Recht und Unrecht, um Gut und Nichtgut." Ura Linda-Chr., S. 307.

[172]) Nietzsche, Auf den glücklichen Inseln.

[173]) Mit Vergnügen erinnern wir uns hier des Gnaeus Flavius, „Der Kampf um die Rechtswissenschaft", 1906, Einleitung: „Die herrschende Idealvorstellung vom Juristen ist die: Ein höherer Staatsbeamter mit akademischer Ausbildung, sitzt er, bewaffnet bloß mit einer Denkmaschine, freilich einer von der feinsten Art, in seiner Zelle. Ihr einziges Mobiliar ein grüner Tisch, auf dem das staatliche Gesetzbuch vor ihm liegt. Man reicht ihm einen beliebigen Fall, einen wirklichen oder nur erdachten, und entsprechend seiner Pflicht ist er imstande, mit Hilfe rein logischer Operationen und einer nur ihm verständlichen Geheimtechnik die vom Gesetzgeber vorherbestimmte Entscheidung im Gesetzbuch mit absoluter Exaktheit nachzuweisen."
Es wird hiermit von mir weder der Freirechtsschule noch der Interessenjurisprudenz das Wort geredet; denn beide vermochten sich nur an die Wirklichkeiten der Formalordnung anzuschließen, die nicht unsere Wirklichkeiten sind.

[174]) Es fängt mit dem ersten Abschnitt des BGB. gleich recht gründlich an: Der lebendige Mensch wird gebrochen zur Person. Daß man sich der Trag-

weite und des Ausmaßes dieses Vorgehens nicht bewußt war, ergibt sich daraus, daß dem ersten Titel „Natürliche Personen" als zweiter Titel „Juristische Personen" folgt. Das ist allerdings nur von unserem Standpunkt aus einzusehen, von dem aus in jeder Denksetzung, also auch in der rechtlichen, Fiktion gegeben ist. Wissen wir darum, so können wir die mit ihr gegebene Gefahr, sie als wirkliche zu nehmen, überwinden. Wir könnten allerdings nicht wie das BGB. von „natürlichen" Personen sprechen, wo bereits juristische Personen sind, im ersten Abschnitt, erster Titel. Wie Juristendenken diese Lage sieht, zeigt Kohler, der im Bürgerl. Recht in Enz. 1904 S. 573 bemerkt, „noch weniger bedarf es einer Fiktion, um die juristische Person zu erklären". Gewiß - wer auf der Fiktion des ersten Teils aufbaut, bedarf nicht der Fiktion für den zweiten Titel: wer mit Kohler das rechtliche Handeln der durch das BGB. gesetzten Art als wirkliches zum Ausgang nimmt, dem ist das Handeln der juristischen Person nichts Verschiedenes und er braucht im Verhältnis beider die Fiktion nicht. Er kann sogar soweit gehen zu behaupten, das Handeln der juristischen Person sei etwas „völlig Wirkliches". Die Möglichkeit der Identifizierung von „natürlicher" und „juristischer" Person der beiden ersten Titel des BGB. ist aber stärkster Beweis dafür, daß die Fiktion bereits in der Fassung der „natürlichen Person" liegt! Wir sehen am Beispiel, wie selbst die Vitalsten unter den Rechtswissenschaftlern abseits der uns gegenwärtigen Unterscheidung Leben-Geist standen und deshalb trotz aller Versuche (vgl. Kohler, Enz. S. 17) die bloße Rechtstechnik nie stürzen konnten (vgl. im Text dieser Untersuchung S. 64) und es bei deren Diktatur blieb. Ob dem Examinator, der die Frage stellte: „Was sehen Sie, wenn Sie als Jurist vom Berliner Funkturm herabsehen?" mehr nahe war als der Scherz der Fragestellung, wenn er dem ahnungslosen Kandidaten die lakonische Auskunft gab: „Rechtssubjekte und Rechtsobjekte." Ich glaube nicht; denn von einem Angriff auf dieses Rechtssystem, der seitens dessen, der den Ernst dieser Frage erkennt, erfolgen muß, habe ich nichts gespürt.

175) Vgl. diese klare Unterscheidung bei Seesemann, Vernichtung der Wirtschaft, 1930, S. 40.

176) Ueber die „Kruste" Recht vgl. A. Rosenberg, Mythus, 3. Buch, IV, 3.

177) Zum Thema: „Mensch = Mensch" vgl. A. Rosenberg anläßlich des Beuthener Urteils, Blut und Ehre, S. 71 ff.

178) Wer sich einen ausreichenden Eindruck von den Bemühungen der Rechtswissenschaft um diese Begriffe, die als einzige die Brücke vom Formalsystem zum Ordnungsgehalt zu vermitteln in der Lage sind, verschaffen will, der lese Hermann Herzog, „Zum Begriffe der guten Sitten im BGB.", Breslau 1910. Ich verwies schon des öfteren auf Josef Kohler, den eine ungeheure Vitalität zu stärksten Angriffen gegenüber den ausgeprägten Rechtsformalisten führte. Die Unruhe, die durch seine Schriften in die Rechtswissenschaft gebracht wurde, war nur vorübergehend. Seine Forschungen waren gegenüber dem entwickelten System zu wenig griffig, um als unumgehbarer Block in ihr verbleiben zu können. So deutlich sich seine Erklärung der guten Sitten von allem übrigen abhebt: „Vorstellungen, die in den Besten der Nation leben" - es fehlt ihm wie allen anderen vitaleren Forschern, die angriffen, die Möglichkeit der unumgehbaren rassischen und erkenntnismäßigen Fundierung. Der durchdringendste Angriff liegt auch hier bei einem Nichtjuristen, bei Fr. Nietzsche: „Der heuchlerische Anschein, mit dem alle bürgerlichen Ordnungen übertüncht sind, wie als ob sie Ausgeburten der Moralität wären - z. B. die Ehe; die Arbeit; der Beruf; das Vaterland; die Familie; die Ordnung; das Recht. Aber da

sie insgesamt auf die mittelmäßigste Art Mensch hin begründet sind, zum Schutz gegen Ausnahmen und Ausnahmebedürfnisse, so muß man es billig finden, wenn hier viel gelogen wird." Wille zur Macht, 316.

[179]) Ueber die Lage in den Großstädten bemerkt Schiffer, „Sturm über Deutschland", Berlin 1932, S. 161 Anm. 1: „. . . wo das Eigentum an einem Hause zumeist entweder unpersönliche Kapitalanlage ist oder nur die Stellung eines Vertreters der Hypothekengläubiger bei der Einziehung der Mieten begründet."

[180]) Vgl. im Text S. 17.

[181]) Statt aller Verweis auf Schloßmann in Iherings Jahrb., 45. Bd. (1903), S. 319.

[182]) Randa, Das Eigentumsrecht, Leipzig 1893: „... die der Idee nach schrankenlose... Herrschaft."

[183]) Der Angriff auf diese Trennung ist wirksam bereits bei Nicolai Hartmann in „Deutsche systematische Philosophie nach ihren Gestaltern", herausgegeben von H. Schwarz, S. 293: „Theorie heißt ‚Schau'. Man hat das heute fast vergessen. Als reines Schauen war sie von Aristoteles gemeint. Ihr Sinn ist also weder die Lehre noch das System, noch etwa Erklärung oder Begründung. Ihr Sinn ist einzig das eindringende Schauen selbst, die reine Einsicht als solche, sofern sie auf Grund weiten Umschauens und vorsichtigen Verfahrens mehr sieht als das naive Hinschauen. Theorie im eminenten Sinne ist die Zusammenschau des in allseitiger Hingebung an die Mannigfaltigkeit des Gegenstandes Erschaute. Insofern liegt in ihr freilich nur die Tendenz auf das System. Aber eben freilich nur die Tendenz, nicht das Vorwegnehmen, auch nicht die Gewähr für das Hinausgelangen endlichen Denkens auf ein System."

Entscheidend Nietzsche, Wille zur Macht 23.

Der Trennung Theorie/Praxis entspricht die Trennung abstrakt/konkret. Die meisten Wissenschaftler, die sich vom Abstrakten abwenden möchten, sehen ihr Heil im „Konkreten", ohne in dieser Verstofflichung einen Schritt weiter zu kommen. So wohl auch Herbert Meyer, wenn er für das „gegenständliche Denken" (Das Publizitätsprinzip im Dtsch. Bürg. Recht, München 1919, S. VII) eintritt. Sein Zitat Berthold Delbrücks ist sehr mißverständlich. In dem dort enthaltenen Passus „tiefes, anschauendes, gegenständliches Denken" liegt unendlich mehr als das bloß Konkrete - hier liegt bereits Lebensunmittelbarkeit im Gegensatz zu reiner Geistbestimmtheit, und hierauf kommt es an. Goethe, der Mittelpunkt obigen Zitats, ging über das bloß Gegenständliche weit hinaus.

[184]) A. Baeumler, Vorlesung am 17. 5. 1933 im Nachrichtendienst der Deutschen Studentenschaft vom 27. 5. 1933, Ausgabe B, Nr. 5, Teil II, S. 3: „Was dem Denksystem der Persönlichkeit fehlt, können wir durch ein schlichtes Wort bezeichnen: es fehlt ihm die Geburt. Der Mensch, von dem dieses Denksystem spricht, ist ungeboren. Daß er geboren ist, wird gewußt und anerkannt, aber nur als Tatsache, mit der man sich irgendwie abfindet, als Tatsache ohne besondere Wirkung. Sein wahres Sein, sein Wesen, die Ich-Vernunft, die Persönlichkeit, ist ungeboren."

[185]) Wenn ausländische Presse ihre „Kritik" am Gesetz zum Neuaufbau des Reiches z. T. dahin zuspitzte, daß es nichts Neues bringe und bereits vorhandenen Zustand nur ausspreche, so dürfte das nie haben treffen können - im Gegenteil.

[186]) Eine alte Forderung von Friedrich Ludwig Bernhard a.a.O. wird damit erfüllt.

[187]) Wie sie Merk a. a. O. S. 41 ff. zusammenstellt.

[188]) S. 19.

[189]) Hitler, Mein Kampf, 1931, S. 493.

[190]) Aus dieser Kampfposition (nicht gegen Merk als Einzelnen, sondern als Typ) ist der Terminus Ordnungseigen zu verstehen. Es ist nicht Häufung von Ordnung und Einzelnem, nicht Summierung, sondern Zusammenschmelzung beider, wofür eingetreten wird. Vgl. die Entgegensetzung politischer Mensch / nationale Persönlichkeit bei Alfred Baeumler im Nachrichtendienst der Studentenschaft a. a. O.

[191]) Z. B. S. 19, 59, 64.
Die ausgeklügeltste und, wie die Anhängerschaft zeigt, verführerischste Mischung findet sich bei Othmar Spann, „Der wahre Staat", 2. Aufl., 1923, § 23 I A: „Ziel ist, daß das Ich-Artige, Private nur Form, das Gemeinnützige aber bestimmender Inhalt werde . . ."

[192]) Vgl. im Text auch S. 63/64.

[193]) Das liegt in rechtswissenschaftlichen Lehren des Typs Leist: „Ueber die Natur des Eigenthums", Jena 1859.

[194]) Künßberg: „Der Sachsenspiegel. Bilder aus der Heidelberger Handschrift", Seite 23.

[195]) Rotermund: „Der Sachsenspiegel", Seite 110.

[196]) Klages: „Der Geist als Widersacher der Seele", 1929, 1. Bd., Seite 215 ff.

Lebenslauf

Am 10. Mai 1909 wurde ich als Sohn des Rektors Karl Leistritz in Tannhausen, Kreis Waldenburg i. Schl., geboren. Nach Besuch der Volksschule in Tannhausen trat ich in die Sexta des Humanistischen Gymnasiums in Schweidnitz ein. Nach Rückkehr meines Vaters aus dem Weltkrieg siedelte meine Mutter mit mir nach Mittenwalde i. d. Mark über, wo mein Vater seinen Schuldienst wieder aufnahm. Ich trat in das Reform-Realgymnasium zu Königswusterhausen ein, das ich Ostern 1927 mit dem Abitur verließ. Mein juristisches Studium, das ich mit einer Unterbrechung (Marburg SS. 1928) an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin ausübte, wurde durch meine aktive Teilnahme an den hochschulpolitischen Kämpfen unterbrochen. Ein Stipendium des Preußischen Kultusministers Pg. Rust und ein Darlehen seitens des Reichsstudentenwerks ermöglichten mir nach meinem im Oktober 1933 erfolgten Ausscheiden aus der Reichsführung der Deutschen Studentenschaft die wissenschaftliche Arbeit zur Promotion. Ich habe die Absicht, die rechtswissenschaftliche Arbeit fortzusetzen.

Hans Karl Leistritz.

Montanus-Druckerei G. m. b. H.
Berlin W 35